



Universidad  
de Alcalá

# **LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

## **GENDER VIOLENCE**

### **Máster Universitario en**

### **Acceso a la Profesión de Abogado**

Autora: D<sup>a</sup> PALOMA MARÍA MEDINA PAYO

Tutor: D. CARLOS GARCÍA VALDÉS

Alcalá de Henares, a 19 de Enero de 2017



## **RESUMEN**

En este trabajo se buscará hablar de los distintos avances que se han dado en la regulación de la violencia de género, así como de los distintos problemas que nos encontramos en los procesos penales, como las distintas dudas que puedan aparecer al tener que delimitar el hecho ilícito.

Intentar describir los problemas con los que a día de hoy nos encontramos al tener que solventar esta situación que supone una clara manifestación de discriminación que no se debe permitir en nuestra sociedad.

## **PALABRAS CLAVES:**

Violencia, desigualdad, mujeres, relaciones, familia, proceso penal, prueba, Juzgados de Violencia de género, testigos.

## **ABSTRACT**

In this work we will seek to talk about the different advances that have occurred in the regulation of gender violence, as well as the different problems we encounter in criminal proceedings, such as the different doubts that may arise when having to delimit the fact illicit.

Try to describe the problems with which we are today to have to resolve this situation that is a clear manifestation of discrimination that should not be allowed in our society.

## **KEY WORDS:**

Violence, inequality, women, relationships, family, criminal process, evidence, gender violence courts, witnesses.

# ÍNDICE

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>  | <b>7</b>  |
| <b>II. CONTEXTO NORMATIVO. ....</b>  | <b>9</b>  |
| 2.1 LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN<br>INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ....  | 14        |
| <b>III. CUESTIONES GENERALES A LOS DELITOS DE GÉNERO. ....</b>   | <b>16</b> |
| 3.1. LOS SUJETOS. ....   | 17        |
| 3.2. ELEMENTOS SUBJETIVO ESPECÍFICOS REQUERIDOS POR EL TIPO.....   | 19        |
| 3.3. LOS SUBTIPOS AGRAVADOS. ....  | 23        |
| A) CUANDO LOS ACTOS SE PERPETREN EN PRESENCIA DE MENORES. ....   | 23        |
| B) CUANDO LOS ACTOS SE LLEVEN A CABO USANDO ARMAS. ....  | 24        |
| C) CUANDO LOS ACTOS SE PERPETREN EN EL DOMICILIO COMÚN O EN EL<br>DOMICILIO DE LA VÍCTIMA. ....  | 24        |
| D) CUANDO SE REALICEN QUEBRANTANDO UNA DE LAS PENAS CONTEMPLADAS<br>EN EL ART. 48 CP O UNA MEDIDA CAUTELAR O DE SEGURIDAD O DE PROHIBICIÓN<br>DE LA MISMA NATURALEZA. .... | 25        |
| <b>IV. EL ENJUICIAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....</b>  | <b>25</b> |
| 4.1 LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE A MUJER. COMPETENCIAS GENERALES.   | 25        |
| 4.2 MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD DE LAS VÍCTIMAS. ....   | 27        |
| 4.2.1 LA ORDEN DE PROTECCIÓN. ....   | 29        |
| 4.2.2. LAS MEDIDAS PENALES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN.....  | 30        |
| A) SALIDA DEL DOMICILIO .....  | 30        |
| B) PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A LA VÍCTIMA Y DE COMUNICARSE CON ELLA.<br>31  |           |
| C) SUSPENSIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA, PORTE Y USO DE ARMAS. ....  | 32        |
| <b>V. LA PRUEBA EN LOS PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO.....</b>   | <b>32</b> |
| 5.1. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA FALTA DE DETENCIÓN Y ACREDITACIÓN DE LA<br>VIOLENCIA HABITUAL Y LA VIOLENCIA PSÍQUICA. ....   | 33        |
| 5.2. LA DISPENSA DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO DE LA OBLIGACIÓN DE<br>DECLARAR PREVISTA EN EL ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO<br>CRIMINAL.....           | 35        |
| 5.2.1 SUJETOS. ....  | 35        |
| 5.2.2 MOMENTO PROCESAL EN QUE LA TESTIGO PUEDE ACOGERSE A DICHA<br>DISPENSA. ....  | 36        |
| 5.3 EL VALOR DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO<br>SUFICIENTE PARA ENERVAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ....   | 37        |
| <b>VI. CONCLUSIONES.....</b>   | <b>43</b> |
| <b>VII. BIBLIOGRAFÍA.....</b>  | <b>46</b> |
| <b>XII. FUENTES LEGALES.....</b>   | <b>50</b> |

## ABREVIATURAS

---

|           |  |
|-----------|--|
| Art(s).   | Art(s). Artículo(s).                               |
| BOE.      | Boletín Oficial del Estado.                        |
| LO        | Ley Orgánica.                                      |
| CE        | Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. |
| Cit.      | Obra citada.                                       |
| CP.       | Código Penal.                                      |
| LECR.     | Ley de Enjuiciamiento Criminal.                    |
| P (p).-   | Página(s)  |
| S(s) TC.  | Sentencia(s) del Tribunal Constitucional.          |
| S(s) TS.  | Sentencia(s) del Tribunal Supremo.                 |
| S(s) TSJ. | Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia.    |
| RD.       | Real Decreto.                                      |
| TS.       | Tribunal Supremo.                                  |
| TC.       | Tribunal Constitucional.                           |
| JVM.      | Juzgados de Violencia sobre la Mujer.              |
| LOPJ.     | Ley Orgánica del Poder Judicial.                   |
| LECR.     | Ley de Enjuiciamiento Criminal.                    |

## I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que en los últimos años se ha producido un cierto proceso de conciencia social sobre la gravedad de la violencia contra la mujer y el gran problema que esto supone para la convivencia democrática entre hombres y mujeres.

A pesar de que la violencia de género no es un fenómeno novedoso en nuestra sociedad, su reconocimiento, su visualización, y por tanto, el paso de ser considerado una cuestión privada a un problema social sí se podría decir que es relativamente reciente<sup>1</sup>. La violencia de género pasa a convertirse en una de las manifestaciones de desigualdad más graves que se dan en nuestra sociedad. Tratándose de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el mero hecho de serlo, por ser considerada, por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión<sup>2</sup>. Es la violencia ejercida por parte de quienes sean o hayan sido cónyuge de la víctima o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad<sup>3</sup>.

La violencia contra la mujer está vinculada a esta idea, entre otras cosas, por presentar un reparto rígido de funciones basado en el poder y superioridad del hombre frente a la sumisión e inferioridad de la mujer. A lo largo de la historia, la mujer ha sido considerada un ser desvalido y, en general, con escasa capacidad para todo lo relacionado con lo social y público. Aún hoy en día, muchos hombres y mujeres no terminan de aceptar y de creer en la idea de una posible igualdad entre ellos, lo que hace que el patrón de desigualdad y jerarquización siga vivo. En este caso nos estaríamos enfrentando al peso de siglos respecto a una serie de creencias e ideas que marcan a muchas mujeres cuando se enfrentan a una situación de violencia y agresión en su relación

Ante esta situación, los poderes públicos no pueden ser ajenos, y se verá más adelante, en España en los últimos años se producen grandes avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género.

Sin duda, la presión de los medios de comunicación ante un constante comunicado de mujeres muertas o heridas a manos de su pareja o ex pareja, fue uno de los pilares para que la violencia de género se viera como un verdadero problema social. Aquella mujer que contó en el año 1977 en un programa de televisión cualquiera que vivía judicialmente separada, compartiendo con su ex marido espacios físicos del domicilio común, este no soporto la vergüenza de verse expuesto a la opinión de los demás. La ató a una silla; la roció de gasolina y le prendió fuego. Ana murió de una forma cruel<sup>4</sup>.

Pero no es un caso aislado que marcará la diferencia<sup>5</sup>, Tani sufría malos tratos continuados hasta que en 1995 disparó al marido y fue condenada a 15 años de prisión, aunque en el año 2000 fue concedida un indulto.

---

<sup>1</sup> BOSCH FIOL, E. Y FERRER PEREZ, V.A., (2000) "La violencia de género: de cuestión privada a problema social" *Intervención Psicosocial. Revista de Igualdad y calidad de vida*, volumen 9, nº 1, pp. 7-19.

<sup>2</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección contra la violencia de género*.

<sup>3</sup> Artículo 1 de Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección contra la violencia de género*.

<sup>4</sup> CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley d Medidas de Protección integral contra la violencia de Género. Cuestiones prácticas y básicas entorno a la Ley*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 15.

<sup>5</sup> GORJÓN BARRANCO, M.C. (2013) *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*, Iustel, Madrid, pp. 23-24.

El “caso Sveltana”, la Audiencia Provincial de Alicante (sección 1ª) 156/2009, de 2 de marzo. En noviembre de 2007, un hombre acude a un programa de televisión con la finalidad de pedirle matrimonio a quien dijo que era su novia. La chica acude sin conocer a esa persona. Ante la aparición de su ex novio responde a la pregunta con una negativa. A los pocos días apareció asesinada.

Otro caso trascendental que hace que la sociedad paulatinamente abra los ojos es el “caso Neira”, en agosto de 2008 Ernesto Neira pasea por la calle y ve como un hombre discute y agrede a su pareja e interviene para impedirlo, pero aquel se defiende y golpea a Neira hasta dejarlo en coma. Tras recuperarse fue nombrado Presidente del Consejo de Asesores del Observatorio contra la Violencia de Género en la Comunidad de Madrid.

El “caso del ex juez decano de Barcelona”; Sentencia 428/2009, de 30 de Septiembre, del Juzgado de lo Penal núm. 16 de Barcelona. La mujer que era Juez Decano de Barcelona descubre una infidelidad del marido u se inicia una discusión en la que ambos se agreden, el tribunal no estimó violencia de género. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 360/2007, de 17 de marzo, castiga por agresiones mutuas a dos faltas de lesiones los siguientes hechos: el obligar a la mujer a cambiarse de ropa para poder salir a la calle y también el obligarla a mantener relaciones, cuando la mujer se negaba. El Tribunal Supremo corrige dicha sentencia condenando al agresor por un delito de violencia de género.

Con la aparición y conocimientos de hechos como estos, la sociedad española se consternó, y la realidad se vio obligada a utilizar la expresión “Violencia de Género”, como aquella que expresa la violencia que sufren las mujeres de sus parejas o de quienes un día lo fueron. Y es como surge la necesidad de una ley expresa que regule este atraso social, aprobando el legislador la Ley de Medidas de Protección, apoyada de manera directa e indirecta en la Constitución de 1978.

La norma que es un pilar básico para este trabajo es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta norma aprobó diversas medidas de protección integral contra la violencia de género; no se trata de una Ley Orgánica que regula una determinada materia, sino que afecta a todo el ordenamiento jurídico: tanto los subsectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho penal, el civil, el procesal, laboral y el derecho administrativo, se han visto afectados<sup>6</sup>.

Esta Ley Orgánica recoge unos “principios rectores”, a través de los cuales se manifiestan los fines principales de dicha disposición, los cuales se pueden resumir en<sup>7</sup>:

- Dotar a los poderes públicos de instrumentos eficaces en el ámbito educativo, servicios sociales, publicitarios y mediáticos.
- Consagrar derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, exigibles ante las Administraciones Públicas, y así asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto.
- Garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar la integración social de estas.
- Fortalecer el marco penal y procesal vigente, para asegurar una seguridad integral. Estableciendo una instancia jurisdiccional para las víctimas de violencia de género.

---

<sup>6</sup> FERNANDEZ ORRICO, J.F. (2007), “Medidas de protección de la mujer en el ámbito laboral ante situaciones de violencia de género” *Universidad Miguel Hernández*, p. 1.

<sup>7</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. (2005), “La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: una introducción para laboristas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4/2005, pp. 5-6.



## II. CONTEXTO NORMATIVO.

A lo largo de la última década del siglo XX, la acción de los grupos feministas y de las organizaciones de mujeres hizo brotar el auténtico significado y las dimensiones de la violencia de género. Empezando a entenderse la violencia de género, no como un problema de ámbito privado, sino como una brutal manifestación de desigualdad que existe en nuestra sociedad. Así de forma gradual fueron apareciendo distintos instrumentos de defensa e integración social, que hacen frente a este fenómeno.

Todos estos instrumentos que van surgiendo para abordar esta acción, tienen su base en los múltiples artículos que hay en la Constitución Española para proteger la igualdad (artículo 14), la dignidad (artículo 10) o la libertad de todas las personas (artículo 17).

Ello se refleja en nuestra legislación penal. Así, remontándonos al Código Penal de 1944, la situación de la mujer era claramente discriminatoria, en sentido negativo, con respecto al hombre, quien tenía unos privilegios legales en algunos casos desmedidos. Por ejemplo, en el caso del adulterio<sup>8</sup>, recogido como delito en el artículo 449 del Código Penal de 1944 (también recogido en los Códigos Penales de 1822, 1848 y 1870, despenalizándose en el Código Penal de 1932, pero volviendo en el 1944), el mismo sólo podía cometerlo “la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada”. Por lo que, la esposa que mantenía relaciones sexuales extramatrimoniales cometía, en todo caso, este delito. Mientras que el marido sólo podía ser sujeto activo cuando dichas relaciones las mantuviera con una mujer, también casada; porque si fuese soltera o viuda, entonces la conducta sería atípica, pudiendo ser sancionado tan solo por delito de amancebamiento (artículo 452), siempre que tal conducta la realizara “en la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella”.

El trato discriminatorio a favor del hombre era, pues, evidente, en tanto la posibilidad de cometer adulterio quedaba limitada a los casos en los que la mujer con la que mantenía las relaciones sexuales estuviese también casada, y respecto a la posibilidad de que el hombre fuera condenado por amancebamiento, precisaba que la conducta se realizara, bien en el hogar conyugal, o bien fuera del mismo pero siempre que fuese notorio, por lo que las relaciones extramatrimoniales mantenidas de modo discreto y a fuera del hogar conyugal eran atípicas.

Pero mucho más llamativa era lo recogido en el artículo 428 del citado Código Penal, en virtud del cual, cuando el marido sorprendiere en adulterio a su mujer, y este matara en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causara lesiones graves, quedaba sometido a la pena de destierro, mientras que si las lesiones fuesen de otro tipo quedaba exento de pena<sup>9</sup>. Lo que era aplicable a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, siempre que aquéllas vivieren en la casa paterna. Esta circunstancia, que permitía al hombre matar o lesionar a su esposa o hija menor de veintitrés años, así como al varón que con ellas estuviese manteniendo relaciones sexuales, suponía una auténtica excusa absolutoria o semi absolutoria<sup>10</sup>, en tanto eximía por completo de pena cuando se tratara de lesiones menos graves; en los casos de homicidio o asesinato era penado con destierro. Conductas que, en condiciones normales, estaban sancionadas con penas que oscilaban entre los doce años de prisión y la muerte.

---

<sup>8</sup> ACALE SÁNCHEZ, M (2006) *La discriminación hacía la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid.

<sup>9</sup> QUINTANA RIPOLLÉS, A. (1962) *Tratado de parte especial del derecho penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid.

<sup>10</sup> PUIG PEÑA, F (1955) *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV*, Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 22.

Esta regulación que, como ya hemos indicado en varias ocasiones, responde a una concepción ético-social claramente patriarcal, propia de la época, que considera a la mujer con menos derechos que el hombre, poco a poco va evolucionando en el sentido de superar esta situación. De este modo, el referido artículo 428 desaparece del texto punitivo mediante la reforma operada por Decreto 691/1963, de 28 de marzo, mientras que los delitos de adulterio y amancebamiento quedaron expulsados de la órbita penal por el Código Penal de 1973.

En 1978 se promulga la Constitución Española, en cuyo artículo 14 se proclama, como derecho fundamental, el de la igualdad de todos ante la Ley sin que puedan establecerse diferencias por razón de sexo y, por su parte, también con el rango de fundamental, se establecía el derecho a la dignidad humana en el artículo 15.

De esto modo y desde la óptica jurídico-penal, se vislumbra una intención de equiparar al hombre y a la mujer en concordancia con el mandato constitucional, si bien, al mismo tiempo, el legislador no pierde de vista la necesidad de garantizar penalmente la protección de los miembros de la familia. Dicho con otras palabras, se procede a una eliminación de las desigualdades en el seno de la pareja, con claros privilegios para el marido, pero se persiste en el intento de disponer de medios legales que impidan las agresiones en el núcleo familiar sin especial atención a la esposa.

El cambio jurídico en relación con la violencia familiar y de género, tuvo sus primeros frutos en nuestro país en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, inmediatamente anterior al Código Penal de 1995, que introdujo en el Título dedicado al delito de lesiones una previsión específica para castigarlo de manera expresa y autónoma<sup>11</sup>, incluyó como delito, en el artículo 425, la violencia habitual en el ámbito familiar, y en el que se sancionaba al que “habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho”.

Con la promulgación del Código Penal 1995, actualmente vigente, el citado tipo de violencia familiar habitual se establece en el artículo 153<sup>12</sup>, también entre los delitos de lesiones. Las diferencias con respecto a la anterior regulación moran, por un lado, en la pena, que se agrava considerablemente, por cuanto en la anterior regulación el marco penal oscilaba entre un mes y un día y seis meses mientras que en la nueva pasa de seis meses a tres años de prisión. Y, por otra parte, se amplía el ámbito de protección, en tanto se incluyen los actos de violencia ejercidos contra sus hijos por los padres privados de la patria potestad así como sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre los ascendientes. Se añade, también como novedad, en los casos de relaciones de afectividad análogas a la matrimonial<sup>13</sup>“estables”, lo que hizo surgir la duda acerca de si es precisa la convivencia. No debiéndose olvidar que pese a su ubicación sistemática entre los delitos de lesiones, el bien jurídico protegido en el mencionado precepto es la integridad moral, la cual puede ser

---

<sup>11</sup> MARTÍNEZ LEÓN, M. (2010) “Evolución legislativa de la violencia de género desde un punto de vista médico-legal en el marco normativo internacional y nacional” *Revista de Escuela de Medicina Legal*, p. 20.

<sup>12</sup> Cita textualmente la primera redacción del artículo 153 del Código Penal de 1995: “el que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre hijos propios o del conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, o guarda de hecho de uno u otro”.

<sup>13</sup> TAMARIT SUMALLA, (1996) *Comentarios al Nuevo Código Penal* (Quintero Olivares, Dir, Valle Muñiz, Coord), Aranzadi, Pamplona, pp. 744-745.

plenamente lesionada cuando, aun no existiendo convivencia, se constate una sólida relación afectiva.

El citado precepto fue modificado por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en el sentido de extender el ámbito de protección no sólo a las personas con las que el autor se encuentre, en el momento de los hechos, vinculado por relación de parentesco o afectividad, sino también cuando dicha relación se haya extinguido. Asimismo, se incluyó, junto a la violencia física, la psíquica y se establecieron los criterios para determinar cuándo debe apreciarse la habitualidad, consistentes en el número de actos de violencia que resulten acreditados y la proximidad temporal entre ellos, independientemente de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas y de que los actos de violencia hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. La eliminación del requisito de la convivencia, llevada a cabo por la citada reforma “pone claramente de manifiesto que el interés protegido en este delito no podía ser la paz familiar o del hogar, sino que lo que se afectaba era algo ajeno a la lógica de la convivencia y sin embargo presente en las relaciones de afectividad, aspecto éste que parecía apuntar hacia la integridad moral o dignidad de determinadas personas próximas al círculo del autor.”<sup>14</sup>

Un importante salto en este ámbito normativo se da con la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, a través de la cual se introduce una regulación novedosa sobre la materia. En primer lugar, el tipo de maltrato habitual en el ámbito familiar pasa al artículo 173.2, dentro de los delitos contra la integridad moral, siguiendo así la concepción antes aludida, defendida por amplios sectores de la doctrina y la jurisprudencia, que estiman que el bien jurídico protegido por el referido tipo penal, introducido por vez primera en 1989, no es la integridad física de los miembros de la familia sino la integridad moral, la dignidad, que se ven afectadas por comportamientos reiterados de maltrato que perturban la paz y tranquilidad que deben regir en el ámbito familiar.

Además, el precepto amplía de modo considerable el círculo de sujetos pasivos, abarcando no solo al cónyuge o pareja (actuales o pasados) sino también a los hermanos, a las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar y, finalmente, personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Por último, se despejan las dudas antes apuntadas sobre la necesidad de que existe convivencia, al eliminar expresamente dicho requisito<sup>15</sup>.

El otro aspecto novedoso que introduce la reforma es la inclusión, dentro del artículo 153 Código Penal<sup>16</sup>, del maltrato ocasional y los menoscabos corporales o psíquicos no requirientes de tratamiento médico o quirúrgico, cuando tales conductas se proyecten sobre alguna de las personas enumeradas en el artículo 173.2 Código Penal, elevándose con ello a la categoría de delito lo que, objetivamente, son conductas constitutivas de falta, cuando exista relación de parentesco o afectiva entre el sujeto activo y pasivo. Sin embargo, el citado precepto no hace distinción sobre los autores, conminando con la misma pena independientemente del sexo de aquéllos, con lo cual la agresión de un hombre a su pareja femenina venía amenazada con la misma pena que a la inversa.

---

<sup>14</sup> BOLEA BARDÓN, (2007) “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica o de género”, *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología* 9, p. 7.

<sup>15</sup> GONZALO RODRÍGUEZ, R.M. (2004), “La violencia doméstica en el Código Penal tras la reforma por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros” *Foro, Nueva época*, núm. 00/2004., p. 335-336.

<sup>16</sup> J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y L. GRACIA MARTÍN (1997), *Comentarios al Código Penal: Parte Especial*, vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 847.

En consecuencia, se puede afirmar que el espíritu que movió la reforma introducida por la mencionada Ley Orgánica 11/2003, no era otro que ampliar la protección de los miembros del núcleo familiar y prevenir la violencia en el mismo, no vislumbrándose por el contrario intención de proteger en mayor medida a la mujer, y de hecho, en su Exposición de Motivos justifica la reforma en la necesidad de atajar las conductas violentas que se produzcan en el ámbito doméstico, sin referencia alguna a los supuestos en los que la víctima sea del sexo femenino<sup>17</sup>.

Como puede comprobarse fácilmente, este viaje legislativo que se inicia con la reforma de 1989 no contempla el fenómeno de la violencia contra las mujeres como un problema de primer orden, pues las distintas reformas tienden a otorgar especial protección a los integrantes de la familia, sin especial referencia a las mujeres, de manera que para el legislador el primordial problema a atajar es la llamada “violencia doméstica”, es decir, la que se comete en el seno familiar, y en la que la mujer aparece al mismo nivel que otros miembros, como posible sujeto pasivo, evidenciándose de este modo una cierta falta de sensibilidad por parte del legislador hacia el fenómeno, evidente por otra parte, de la violencia contra las mujeres<sup>18</sup>.

Tras estas modificaciones legales, fueron produciéndose distintos avances legislativos, como la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia de Doméstica; además de las diversas leyes aprobadas por las Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial<sup>19</sup>.

Algunas de las Comunidades Autónomas han aprobado sus propias leyes específicas contra la violencia sexista, como es el caso de Canarias<sup>20</sup>, Cantabria<sup>21</sup>, Castilla-La Mancha<sup>22</sup>, Andalucía<sup>23</sup> o Madrid<sup>24</sup>, entre muchas otras.

Pero la entrada en vigor Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se produce el mayor avance legislativo hasta el momento, a través de la cual se introducen, entre otros aspectos, modificaciones de cierta relevancia en el Código Penal. La referida Ley, al menos en apariencia, hace una decidida apuesta por la protección de la mujer frente a las agresiones provenientes del hombre que sea, o haya sido, su cónyuge o pareja, y así lo declara de forma expresa el artículo 1.1, en virtud del cual la citada Ley “tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones

---

<sup>17</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003).

<sup>18</sup> LAURENZO COPELLO, (2005) “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal, *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología* 07-08, pp. 3-5.

<sup>19</sup> Exposición de motivos de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

<sup>20</sup> Ley 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género.

<sup>21</sup> Ley 1/2004, de 1 de abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas.

<sup>22</sup> Ley 7/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas.

<sup>23</sup> Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

<sup>24</sup> Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid.

similares de afectividad, aun sin convivencia”. De esta forma, el legislador viene a otorgar rango normativo a la denominada “violencia de género”, con carácter unidireccional del hombre hacia la mujer al mismo tiempo que, de forma diferenciada, contempla la “violencia doméstica”.

Estas medidas no se quedan en el ámbito nacional, sino que en ámbito internacional la Asamblea General de las Naciones Unidas también se proclamó, señalando que la violencia de género debe de ser motivo de acción legal en donde actúen todos los Estados. La Asamblea General aprueba, en diciembre de 1993, la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer” (Resolución de la Asamblea General 48/104, del 20 de diciembre de 1993). Siendo este el motor de arranque de las disposiciones jurídicas del resto de países<sup>25</sup>, donde se recoge una definición en su artículo 1 de violencia de género como: “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada”.

También revisten especial importancia las resoluciones de la Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995, donde se fijan como objetivos estratégicos el de adoptar medidas integradas para la prevención y eliminación de la violencia contra las mujeres<sup>26</sup>, así como los documentos aprobados en la vigésimo tercer sesión especial de la Asamblea General de la ONU, “Mujer 2000: Igualdad de Género, Desarrollo y Paz para el Siglo XXI”<sup>27</sup>. La Comisión también se ocupa de este fenómeno, elaborando en el año 2003 un Informe sobre la violencia de género, junto con la correspondiente Resolución 2003/42 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

En el ámbito europeo, el Parlamento Europeo adoptó, el 13 de marzo de 1997, una Resolución sobre la violencia de los derechos de la mujer, y el 16 de septiembre, otra sobre la necesidad de una campaña europea para combatir decididamente la violencia contra las mujeres. También debe traerse a colación la Decisión nº 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por medio de la cual se aprueba un Programa de Acción Comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres; y proteger a las víctimas y a los grupos de riesgo (programa Daphne II).

---

<sup>25</sup> Como señala MARTÍNEZ LEÓN, M. en su artículo en la *Revista de Escuela de Medicina Legal* “Evolución legislativa de la violencia de género desde un punto de vista médico-legal en el marco normativo internacional y nacional”, Valladolid, 2010 p. 17.

<sup>26</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2006) *Las Incidencias de la Violencia de Género en el...*, cit., p. 19.

<sup>27</sup> “La violencia contra las mujeres y las niñas es un gran obstáculo para el logro de los objetivos de la igualdad de género, desarrollo y paz (...). La violencia con base de género, tal como la violencia doméstica, el abuso sexual, la esclavitud sexual y la explotación, el tráfico internacional de mujeres y niños, la prostitución forzada y el acoso sexual, así como la violencia contra las mujeres que es resultado de prejuicios culturales, racismo y discriminación racial, xenofobia, pornografía, limpieza étnica, conflicto armado, ocupación extranjera, extremismo religioso o anti-religioso, y el terrorismo, son incompatibles con la dignidad de persona humana y deben ser combatidas y eliminados” (“Iniciativas y Acciones para Profundizar la Implementación de la Declaración de Beijing y de la Plataforma de Acción de Beijing”, documento final aprobado por los Estados Miembros que participaron en el vigésimo tercera sesión especial de la Asamblea General “Mujer 2000: Igualdad de Género, Desarrollo y Paz para el Siglo XXI”, que se llevó a cabo del 5 al 9 de junio de 2000).

## **2.1 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.**

La Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, tiene la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y presta asistencia a sus víctimas.

Esta Ley Orgánica se estructura de la siguiente manera. Por una parte se establecen “medidas de sensibilización, prevención y detección” (Título I de la Ley Orgánica), que alcanza a varios ámbitos: el educativo, el sanitario y el publicitario. El Título II consagra una serie de “derechos de las mujeres víctimas de violencia de género” recogiendo tanto derechos a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita, como un conjunto de derechos laborales y prestaciones de Seguridad Social, derechos de las funcionaras públicas víctimas de violencia en lo relativo a su relación funcional y derechos económicos. Junto a ello, se regula la tutela institucional en el Título III, con la creación de una serie de órganos públicos con competencia en esta materia; tutela penal, modificando diversos artículos del Código Penal, y tutela judicial, siendo lo más significativo la creación de los Juzgados de Violencia contra la mujer y algunas modificaciones procesales tanto en el ámbito civil como en penal; asimismo se crea la figura del Fiscal contra la Violencia de sobre la Mujer.

A estos efectos de esta Ley Orgánica, se entiende por víctima de violencia de género aquella que sufre todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, así establece el artículo 3 de dicha Ley Orgánica.

La Ley Orgánica define su objeto en su primer artículo, aclarando el concepto de violencia de género al que se refiere. El precepto dicta: “la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejercen sobre esta por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia”.

La fórmula legal deja fuera, en primer término, la violencia ejercida sobre las mujeres como manifestación de relaciones de poder por varones con los que no tienen lazos familiares o domésticos (como por ejemplo, violencia en el trabajo)<sup>28</sup>, y en segundo lugar, excluyendo también la posible violencia que se pueda ejercer por padres o hermanos de la mujer, ya que limita el vínculo familiar con aquellas personas con las que tuviera o hubiera tenido una relación de pareja o similares.

Del mismo modo, queda extra muros de esta Ley Orgánica aquellos supuestos en los que el contexto social sea de dominación de la mujer sobre el hombre, y como manifestación de dicha dominación, se produzca una agresión de la mujer al varón<sup>29</sup>.

A pesar de que se han interpuesto ante el Tribunal Constitucional numerosas Cuestiones de Inconstitucionalidad<sup>30</sup> en relación con la redacción dada por la Ley Orgánica

---

<sup>28</sup> SERRANO ARGÜESO, M. (2004) “Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas”, *Aranzadi Social*, nº20, p.10.

<sup>29</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2006) *Las incidencias de la Violencia...*, cit., p. 31.

<sup>30</sup> Por ejemplo: la interpuesta a través del Auto de 15 de septiembre de 2005, dictado por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Valladolid, en el Juicio Rápido 272/2005, por entender que la nueva redacción dada al art. 153 por el art. 37 Ley Orgánica 1/2004, de *Medidas de Protección integral contra la violencia de*

1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por vulneración del derecho de igualdad entre hombres y mujeres, no debemos entender que el reconocimiento de unos derechos específicos en favor de las mujeres víctimas atente a este derecho de igualdad.

El derecho de igualdad no implica igualdad estricta en el reconocimiento de derechos para todas las personas, sin distinción alguna entre ellas, sino el que no puede prevalecer discriminación por razón de circunstancias que puedan llevar a una falta de igualdad efectiva y para ligar la igualdad efectiva de todas las personas pueden ser necesarias medidas de discriminación positiva, como ocurre en este caso<sup>31</sup>.

La discriminación positiva es el instrumento por el que se otorga un tratamiento más beneficioso a un colectivo que se halla en condiciones comparativas inferiores a los que se le supone homólogos, con objeto de lograr su igualdad<sup>32</sup>. La discriminación positiva e inversa se caracteriza por dos elementos:

- a) La medida adoptada como diferenciadora no es simplemente desigualitaria, sino discriminatoria, en el sentido de que se refiere a un tipo muy especial de desigualdad, por rasgos como el sexo, la raza o similares.
- b) La discriminación positiva o inversa se produce en una situación de especial escasez, lo que provoca que se considere que el beneficio a ciertas personas tiene forzosamente un claro y visible perjuicio para otras. La misma adopta la forma de cuotas y de tratos preferentes<sup>33</sup>.

Hay un gran número de sentencias del Tribunal Constitucional que reafirman estas ideas desestimando los recursos presentados contra la Ley Orgánica 1/2004, así como: la STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008<sup>34</sup>, la STC 45/2009, de 19 de febrero de 2009<sup>35</sup> o la STC 127/2009, de 26 de mayo de 2009 la cual recoge lo siguiente: “el tratamiento punitivo diferente que realiza el precepto cuestionado de la misma conducta, en función del sexo de su autor, no viola el principio de igualdad, pues tiene una justificación objetiva y razonable y no depara consecuencias desproporcionadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación”.

---

*género*, vulnera el derecho de igualdad ante la Ley. O la que fue promovida por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela a través del Auto de 29 de septiembre de 2005 (Juicio Oral 0741/2005) por entender que la redacción dada al art. 174.1 CP mediante la Ley Orgánica 1/2004, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género* (art. 35.2) resulta, igualmente, vulneradora del derecho fundamental a la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley. FUENTE SORIANO, O. (2005), “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Diario La Ley*, año XXVI, núm.6362, p. 1

<sup>31</sup> MINGO BASAIL, M.L. (2006) “Situación de los derechos laborales de las mujeres víctimas de violencia de género en España. Evolución legislativa, contenido, protección y posibles líneas de actuación”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm. Extra igualdad de oportunidades para todos, p. 126.

<sup>32</sup> FUENTE SORIANO, O. (2005), “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5., p. 12.

<sup>33</sup> PURCALLA BONILLA, M.A. (2004) “La Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)”, *Aranzadi Social*, nº10.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo de 2008. Fecha de resolución 14/05/2008. BOE núm. 135 de 4 de junio de 2008.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2009, de 19 de febrero de 2009. Fecha de resolución 19/02/2009. BOE núm. 63 de 14 de marzo de 2009.

Esta Ley Orgánica cuenta con el respaldo de una amplia jurisprudencia, y a pesar de que introduzca un tratamiento diferenciado, por el hecho de que la víctima sea mujer y el agresor varón, no supondrá una vulneración de los principios que salvaguarda nuestra Carta Magna.

### III. CUESTIONES GENERALES A LOS DELITOS DE GÉNERO.

En el Código Penal aparecen específicamente caracterizados como “delitos de violencia de género” los siguientes:

- el delito de lesiones leves o maltrato de obra del artículo 153.1 Código Penal<sup>36</sup>.
- el delito de lesiones del artículo 147.1 Código Penal<sup>37</sup> (en virtud de lo previsto en el art. 148.4<sup>38</sup>).
- el delito de amenazas leves del artículo 171.4 Código Penal<sup>39</sup>.
- el delito de coacciones leves del artículo 172.2 Código Penal.<sup>40</sup>

En efecto, los tipos penales referidos, todos ellos descriptivos de comportamientos violentos, requieren que el agresor sea un hombre y la víctima una mujer que estuviere o hubiere estado ligada a él por una relación de pareja.

---

<sup>36</sup> Artículo 153.1. CP: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

<sup>37</sup> Artículo 147.1 CP: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.”

<sup>38</sup> Artículo 148 del CP: “Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.”

<sup>39</sup> Artículo 171.4. CP: “El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.”

<sup>40</sup> Artículo 172.2 CP: “El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.”



### 3.1. Los sujetos.

Partiendo de que esta norma considera digna la especial protección, únicamente, a la violencia sufrida por las mujeres, por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o con quienes tengan o hayan tenido una relación de afectividad análoga a la conyugal, queda limitado el ámbito en el que se debe dar la violencia para que se entienda como violencia de género<sup>41</sup>.

Lo primero que debemos estudiar para ver si se da el tipo penal, es determinar que se entiende por afectividad análoga al matrimonio, para así determinar el tipo de relación que afecta a la violencia de género. Obviamente, cuando nos encontramos ante una relación en la cual las partes son o fueron matrimonio o pareja de hecho, puede acreditarse fácilmente a través de la correspondiente certificación. Sin embargo, otro tipo de relaciones afectivas, sobre todo en los casos que no existía convivencia efectiva puede resultar más conflictivo. Como sería por ejemplo las relaciones de noviazgo o las relaciones adúlteras.

Como hemos indicado las relaciones conyugales no suponen ningún problema de interpretación. Los lazos conyugales serán los que existan entre la pareja, estén o no vigentes a la hora de producirse el hecho delictivo. Es decir, exista divorcio, separación o incluso nulidad matrimonial. En este apartado, no se incluye los matrimonios entre personas del mismo sexo. Ya que la violencia machista se concibe como aquella en la que el hombre asume un rol de dominio y desigualdad sobre la mujer<sup>42</sup>.

En lo que se refiere a las relaciones adúlteras o de amantes en las que uno o los dos miembros de la pareja están casados con una tercera persona, el Tribunal Supremo se ha posicionado al respecto de esta situación, otorgándole la clasificación de víctima de violencia de género a aquellas mujeres que mantengan o hayan mantenido este tipo de relaciones con su agresor. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 12 de mayo de 2009<sup>43</sup>, en la que se concluye lo siguiente: “lo decisivo para que la equiparación entre el matrimonio y situaciones análogas se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro”. Y añade que “la protección penal reforzada que dispensan los citados preceptos no puede excluir parejas que, pese a su formato no convencional, vive una relación caracterizada por su intensidad emocional.”

Respecto a las relaciones de noviazgo ocurre algo parecido, ya que debemos entender que cuando el legislador empelo la expresión “relación similar de afectividad”, se refería a que aquella relación contenga algún viso propio del matrimonio. Bien, por el aspecto de convivencia; bien por la dependencia afectiva, por el aspecto sexual, económico o social<sup>44</sup>. Pero como el Tribunal Supremo establece en su Sentencia 1376/2011, de 23 de diciembre de 2011<sup>45</sup>, que “sin duda no toda relación de afectividad, sentimental o de pareja puede ser calificada como análoga a la conyugal”. Por lo que se englobaría, como ya hemos señalado, a todas las relaciones matrimoniales como las uniones de hecho de parejas que conviven establemente. Comprenden también relaciones de noviazgo siempre que en las

---

<sup>41</sup> SAN CRISTOBAL REALES, S. (2006) “La protección jurídica de la mujer en caso de violencia de género, con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXIX, p. 112-113.

<sup>42</sup> CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley d Medidas de Protección integral contra...* Cit., p. 20.

<sup>43</sup> STS 3351/2009, Sentencia del 12 de Mayo de 2009, del Tribunal Supremo, Sala de lo penal, Sección 1ª. Nº de recurso 11582/2008. Id Cendoj: 28079120012009100516

<sup>44</sup> CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley d Medidas de Protección integral contra...* Cit., pp. 23-25.

<sup>45</sup> STS 1376/2011, Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2011, Sala de lo Penal, Sección 1ª. Nº de recurso 861/2011. Id Cendoj: 28079120012011101368

cuales haya cierta vocación de estabilidad. Englobarán asimismo en esa noción aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual, que no quede limitado a una mera relación esporádica y coyuntural, existiendo un vínculo afectivo de carácter íntimo entre la pareja<sup>46</sup>.

Resalta el Tribunal Supremo, en su Sentencia del 25 de octubre de 2017<sup>47</sup>, que la existencia o no de la convivencia no es determinante, mencionando que “hay casos en los que de manera voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos municipios. Siendo lo decisivo que se produzca la equiparación a la relación conyugal es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativa de futuro, caracterizándose esa vinculación por su intensidad emocional, aunque se de en un formato no convencional de pareja. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.”

Otro de los problemas prácticos con los que nos podemos encontrar es con aquellas personas transexuales que hayan sido víctimas de violencia por parte de sus parejas. Conforme al Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 3 de Mayo de 2010, el hecho de no aplicar a las y los transexuales las normas de género “supone desconocer una realidad social representado por un colectivo de personas que se identifican intensamente con el otro sexo”. Eso nos lleva a la conclusión de que las personas transexuales pueden ser víctima de violencia de género, estableciendo unos requisitos que deberán cumplirse<sup>48</sup>.

En un primer lugar se exigía que el cambio de sexo estuviera reconocido administrativamente a través de las oportunas modificaciones en el Registro Civil. Así puede verse en la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/05<sup>49</sup>, según la cual “la dicción legal del artículo 1 Ley Orgánica 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección...si será de aplicación a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer.”

Sin embargo, esta exigencia era susceptible de causar discriminación respecto a aquellas mujeres transexuales que no hubieran llevado a cabo la rectificación registral por imposibilidad material, como es el caso de los extranjeros, o por cualquier otro motivo. Esta circunstancia llevó a la Fiscalía General del Estado, en su Circular 6/2011<sup>50</sup> a modificar el criterio anteriormente expuesto, estableciendo que “aun cuando la mujer transexual no haya acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo, si se acredita su

---

<sup>46</sup> HERRERO, S. (2017) “Relaciones de pareja, análoga afectividad al matrimonio y violencia de género: casos al borde de la tipicidad”, *Revista Abogacía* n° 107.

<sup>47</sup> STS 697/2017, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 2017, Sala de lo Penal, Sección 1ª. N. de recurso 601/2017. Núm. Cendoj: 28079120012017100714

<sup>48</sup> Circular 6/2011, de 02 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

<sup>49</sup> Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Fiscalía General del Estado. Circulares, Instrucciones y Consultas de la Fiscalía General del Estado. Boletín de Información. 2005.

<sup>50</sup> Circular 6/2011, de 02 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

condición de mujer a través de los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino, estas mujeres transexuales, nacionales y extranjeras, pueden ser consideradas como víctima de violencia de género<sup>51</sup>.”

### 3.2. Elementos subjetivo específicos requeridos por el tipo.

El fundamento material de la regulación específica de la violencia de género, reside en un peligro implícito derivado de la propia naturaleza de la relación entre autor y víctima. El Derecho Penal parte del reconocimiento de que la mujer, por su condición de tal y en virtud de la radical desigualdad en el reparto de roles sociales, se encuentra particularmente expuesta a sufrir ataques violentos a manos de su pareja masculina. Eso no significa negar la posibilidad de que el varón también pueda sufrir agresiones de su cónyuge o conviviente. La diferencia reside en que, en el caso de la mujer, a ese riesgo se suma un peligro derivado de su propia condición femenina, un riesgo que tiene su origen en la radical injusticia en el citado reparto de roles sociales que las coloca, como colectivo o “género”, en una posición subordinada y dependiente del varón.<sup>52</sup>

El concepto normativo de violencia de género descansa en un elemento personal, otro objetivo y uno final, subjetivo<sup>53</sup>. El elemento personal es que el agresor sea hombre y la víctima mujer, existiendo o habiendo existido entre ambos, un vínculo matrimonial o una relación similar de afectividad. El elemento objetivo es un acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, amenazas, coacciones o privación arbitraria de la libertad. El elemento subjetivo es que la violencia sea una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Sin embargo, la regulación penal omite toda referencia al contexto de dominación<sup>54</sup>.

Ya hemos analizado el concepto de violencia de género introducido por la Ley Orgánica 1/2004, y hemos visto cómo dispone que esa violencia ha de ser manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer. Por tanto, la cuestión es determinar si toda acción de violencia física, o amenaza o coacción leve, o lesión que tenga lugar en el seno de la pareja, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castigan estos preceptos<sup>55</sup>, o sino sólo y exclusivamente, cuando el hecho se cometa por el sujeto activo guiado por alguna de esas intenciones, que deberán entonces quedar suficientemente acreditadas en el juicio oral.

Si atendemos a la evolución legislativa, ya en la redacción de 2003, cuando se eleva a la categoría de delito el maltrato sobre el cónyuge, así como sobre otros parientes en el ámbito familiar, parte de la doctrina manifestaba que “lo verdaderamente decisivo y propio de estas relaciones era el sentimiento de posesión y dominio que uno de los miembros de la

---

<sup>51</sup> ESPÍN ALVA, I. (2008) *Transexualidad y tutela civil de la persona*. Editorial Reus. Madrid.

<sup>52</sup> RAMÓN RIBAS, E. (2013) “Los delitos de violencia de género según la Jurisprudencia actual.” *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIII, p. 404

<sup>53</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. (2010) “La Igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Agosto 2010.

<sup>54</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (2006) “El delito de maltrato doméstico y de género del Art. 153 CP”, en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor COBO DEL ROSAL*”, Madrid.

<sup>55</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA, F. (2011) “¿Es exigible un elemento subjetivo específico del injusto en los delitos relativos a la violencia de género?. Análisis de la Jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales. Fundación Internacional de Ciencias Penales, p. 4

pareja experimenta respecto al otro<sup>56</sup>”. Como dice la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, “la ley opta por una definición de la Violencia de Género que parte de entender como dato objetivo que los actos de violencia del hombre sobre la mujer, con ocasión de una relación afectiva de pareja, constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o intencionalidad del agresor<sup>57</sup>.”

Ramón Rivas analiza los supuestos que están, o no, incluidos dentro del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, certifica que no es suficiente que el agresor sea hombre y la agredida una mujer, ni que el agresor sea o haya sido pareja sentimental de la víctima, pues la violencia debe constituir una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres o, más exactamente, una manifestación de discriminación, desigualdad o poder de un determinado hombre sobre una mujer igualmente determinada. Al estudiar el bien jurídico protegido por los delitos de violencia de género, este mismo autor, distingue entre la protección de la salud y la integridad física, la libertad de obrar o de ejecución de decisiones previamente tomadas; y la libre formación de la voluntad o de la libertad para tomar esas decisiones; o, además de lo anterior, se protege la integridad moral de la mujer que sufre el acto de violencia de género. En este segundo caso, habrá de comprobarse en cada supuesto concreto, que la violencia ejercida por el autor sobre la víctima, lesiona efectivamente dicha integridad moral. Tendrá que analizarse si la violencia practicada es manifestación de la discriminación, debiendo conocer el autor de los hechos, que su conducta supone una humillación o degradación de la mujer por el mero hecho de serlo, y de ser o haber sido, su pareja<sup>58</sup>.

Por el contrario, Sánchez Yllera entiende que esa violencia física sobre la mujer desempeñada por el varón, tiene un mayor desvalor en dicho entorno, en tanto al ayudar objetivamente a mantener y reforzar la dominación social de los hombres sobre las mujeres. Para la Ley, la dominación masculina no ha de ser probada en cada caso de violencia intrafamiliar, porque, aún hoy, es una realidad social que afecta al colectivo femenino y se manifiesta en cada caso de violencia. Se trata de una pauta cultural ya existente, que las conductas individuales sólo pueden reforzar o reducir. De ahí la agravación y la existencia de un tipo penal agravado y la no exigencia en el tipo penal de un elemento intencional específico<sup>59</sup>. El argumento del “patrón cultural” será, utilizado por el Tribunal Supremo, en la Sentencia 856/2014<sup>60</sup>, para mantener, de igual forma, la no necesidad de que concurra un determinado móvil específico de subyugación o de dominación masculina, ya que la intención de dominación del hombre sobre la mujer va implícito en el delito.

Margo Servet, analiza la redacción del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2014, de de su literalidad se podría deducir la existencia de un ánimo de dominación o machismo, y distingue los tres pronunciamientos que se han dado en la doctrina al respecto: por un lado, considera que el elemento no debe entrar a valorarse en la prueba de juicio, sino que es una mera reflexión sobre el trasfondo que hay en los hechos de violencia de género. Por otra parte, considera que dicho artículo se incorpora al derecho positivo siendo objeto de prueba

---

<sup>56</sup> LAURENZO COPELLO, P. (2004) “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada” en PÉREZ ÁLVAREZ, F. SERTA, In memoriam Alexandri Baratta, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

<sup>57</sup> Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Fiscalía General del Estado. Circulares, Instrucciones y Consultas de la Fiscalía General del Estado. Boletín de Información. 2005, pág. 97.

<sup>58</sup> RAMÓN RIBAS, E. (2013) “Los delitos de violencia de género según...” Cit.

<sup>59</sup> SÁNCHEZ YLLERA, I. (2013) “Maltrato y dominación, paradojas judiciales sobre una cultura incívica” *Diario La Ley* nº 8159. Cit., p. 4.

<sup>60</sup> STS 856/2014, Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de Diciembre de 2014, Sala de lo Penal, Sección 1ª. Nº de Recurso 10569/2014. Id. Cendoj 28079120012014100849.

por parte de la acusación para que así se pueda considerar como hecho constitutivo de violencia de género. Y por último, considerar que debe permitirse al acusado acreditar que en la comisión del hecho no concurre dicho ánimo, quedando por lo tanto dicha conducta fuera del intento de dominar a su pareja<sup>61</sup>.

Conviene analizar la diversa Jurisprudencia que aparece con respecto a la necesidad o no de este elemento subjetivo específico de dominación.

De una parte, defendida por algunas Audiencias Provinciales, siguiendo el posicionamiento de algunas resoluciones del Tribunal Supremo, en virtud de la cual no toda acción de violencia física en el seno de la pareja, de la que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse, necesaria y automáticamente, como la violencia de género que castiga el nuevo artículo 153. “Sino solo y exclusivamente (de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 de esa ley orgánica de protección integral contra la violencia de género) cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer...”<sup>62</sup>.

Así lo establece por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de Noviembre de 2009<sup>63</sup> la cual señala: “Cabe admitir que aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de su voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales.”

En dicha sentencia el Tribunal Supremo sigue razonando: “la necesidad de que el acusado pueda defenderse de la imputación, proponiendo prueba en el ejercicio de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva a fin de acreditar las circunstancias concurrentes al realizar la conducta típica, así como el animus que impulsaba la acción, pues estamos ante un delito eminentemente doloso en el que (debe repetirse una vez más) la conducta típica debe ser manifestación de la discriminación, desigualdad, dominación y sometimiento que el sujeto activo impone sobre el sujeto pasivo, según el principio rector que informa la Ley Orgánica de la que emana el tipo delictivo. Paralelamente, el Juez o Tribunal se encuentra en la misma obligación de respetar los derechos fundamentales del acusado, valorando la prueba practicada al efecto y verificando si concurren o no los elementos que configuran el delito.”

En la misma línea doctrinal se mueve la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual en la Sentencia de fecha 15 de octubre de 2009<sup>64</sup>, señala: “podrían darse situaciones en las que se demuestre que las circunstancias en las que se desarrollaron los hechos fueron otras (distintas de las contempladas por el artículo 153), como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de maltrato o agresiones mutuos entre los dos miembros de la pareja, que

---

<sup>61</sup> MAGRO SERVET, V. (2013) “La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la violencia de género.” *Ley Penal*, nº 104. Septiembre-Octubre 2013., p. 126 a 13.

<sup>62</sup> SJP 11/2014, Sentencia Juzgados de lo Penal de 27 de febrero de 2014, Sede Cartagena, Sección 3º. Nº de recurso 220/2013. Id. Cendoj: 30016510032014100001

<sup>63</sup> STS 7482/2009, Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Noviembre de 2009, Sala de lo Penal, Sección 1ª. Nº de recurso 629/2009. Id. Cendoj: 28079120012009101180.

<sup>64</sup> SAP B 10075/2009, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de Octubre de 2009, Sección 20º. Nº de recurso 81/2009. Id. Cendoj: 08019370202009100703.

excluyen la presencia de esa relación de dominación, subordinación, trasladando la conducta de las previsiones específicas del artículo 153 a las del 617.”

Por otra parte, la otra vertiente de la doctrina se fundamenta en sentencias, como la ya citada con anterioridad, Sentencia del Tribunal Supremo 856/2014, de 26 de diciembre de 2014<sup>65</sup>, en la que es Ponente Berdugo Gómez de la Torre. En ella se analiza la comisión o no por parte del acusado de (entre otros) un delito de maltrato del artículo 153.1 del Código Penal. En el Fundamento de Derecho Cuarto desestima la pretensión del recurrente cuando afirma que no se ha dado esa especial situación de dominación entre cónyuges o pareja, ya que la disputa se debía encuadrar en el ámbito del negocio que ambos compartían, y no en su propia relación de pareja. Comienza el Ponente afirmando que “es verdad que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional para la aplicación del art. 153.1 CP se exige un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión, se enmarca en el contexto de una reprochable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer. Pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o dolo específico. La presunción juega en sentido contrario. Sólo si consta o hay evidencias de que el episodio, concreto o reiterado, de violencia es totalmente ajeno a esa concepción que ha estado socialmente arraigada, y que la agresión o lesión obedece a unas coordenadas radicalmente diferentes, no habría base para la diferenciación penológica y habrá que castigar la conducta a través de los tipos subsidiarios en que la condición de mujer del sujeto pasivo no representa un título de agravación penológica. Pero en principio, una agresión en ese marco contextual “per se” y sin necesidad de prueba especial, está vinculada con la concepción que el legislador penal se propone erradicar o al menos, reprobable”. Vemos que, ya de inicio, deja zanjada la discusión en cuanto a la necesidad o no de ese elemento subjetivo específico reclamado por parte de la doctrina y de las Audiencias Provinciales.

Continúa en dicho Fundamento de Derecho, analizando la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que justifica la desigualdad entre las sanciones del artículo 153.1 y 153.2, recogiendo una de las conclusiones a las que llega el Tribunal Constitucional en la Sentencia 159/2008, de 14 de mayo<sup>66</sup>, en cuanto a que “las agresiones del varón hacia la mujer que es, o fue, su pareja afectiva, tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional, porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Y esta gravedad exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección para las potenciales víctimas.” Y es, a partir de este análisis, cuando el Ponente concluye que, partiendo de lo dispuesto tanto en la Ley como por la Jurisprudencia Constitucional, no se exige un elemento subjetivo específico del injusto. No se trata de algo subjetivo: “sino objetivo, aunque contextual y sociológico. Ese componente “machista” hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos o intencionalidades. Cuando el Tribunal Constitucional exige ese otro desvalor no está requiriendo reiteración, o un propósito específico, o una acreditada personalidad machista. Sencillamente, está llamando a evaluar si puede razonablemente sostenerse que en el incidente enjuiciado está presente, aunque sea de forma latente, subliminal o larvada, una querencia “objetivable”, dimanante de la propia objetividad de los hechos, a la perpetuación de la desigualdad secular que quiere ser erradicada castigando de manera más severa los comportamientos que tengan ese marco de fondo.

---

<sup>65</sup> STS 856/2014, Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de Diciembre de 2014, Sala de lo Penal, Sección 1ª. Nº de Recurso 10569/2014. Id. Cendoj 28079120012014100849.

<sup>66</sup> STC 59/2008, Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de Mayo de 2008, BOE núm. 135, de 04 de junio de 2008.

No hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o ex cónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual. Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría, la agravación estará legal y constitucionalmente justificada.”

Vuelve la sentencia a repetir la no necesidad de que concurra un ánimo específico de dominación o subyugación del hombre sobre la mujer. “Se entiende que cuando se agrede o se amenaza o se coacciona a la pareja o ex pareja, se continúa manteniendo esa situación desigual que define las relaciones de superioridad hombre/mujer, ese “añejo y superado patrón cultural”, y ello independientemente de que el agresor en concreto, mantenga una relación de igual a igual con su pareja o ex pareja. Solo en aquellos casos en los que, por ejemplo, la agresión o la amenaza tuviera como trasfondo un conflicto laboral y esa conducta agresiva lo fuera con su pareja o ex pareja pero, únicamente como compañera de trabajo, y se probara por la defensa que fue así, podría dejar de aplicarse el tipo agravado de violencia de género. Pero, en todos aquellos casos en los que, aun existiendo conflictos laborales o de otra índole, entre la pareja, se la golpea porque es a ella a quien el agresor quiere golpear, estará reproduciendo esos patrones culturales característicos del “machismo” y entrará dentro del dolo exigido por el tipo penal, sin necesidad de probar la existencia de ningún ánimo especial ni específico de dominación.”

Aunque no haya una doctrina uniforme es esencial que a la utilización de este elemento cuente con la garantía de que el juez lo comprueba caso por caso, no siendo así entraríamos en un terreno de presunciones, contrario al principio de presunción de inocencia, del principio de igualdad y de culpabilidad. Partimos de la existencia de un entramado patriarcal, pero esto no justificaría que todas las disputas de pareja deban desenvolverse dentro de ese ánimo discriminatorio<sup>67</sup>.

### **3.3. Los subtipos agravados.**

Al igual que en el delito de violencia doméstica habitual, el grupo de delitos específicos modificados por la Ley Orgánica 1/2004, ven introducida en su regulación unos supuestos agravados: cuando los actos delictivos en cuestión se perpetren en presencia de menores, cuando se lleven a cabo utilizando armas, cuando se realicen en el domicilio común o en el de la víctima o cuando se realice quebrantando una de las penas contempladas en el artículo 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza<sup>68</sup>.

#### **a) Cuando los actos se perpetren en presencia de menores.**

Para establecer la minoría de edad podemos acudir al artículo 315 del Código Civil el cual establece que “la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”. También podemos encontrar la respuesta en el propio Código Penal si tomamos como referencia el artículo 148.3 Código Penal relativo a las lesiones en la que la “víctima fuere

---

<sup>67</sup> GORJÓN BARRANCO, M.C. (2013) *La tipificación del género en el ámbito penal....*Cit., p. 111-112.

<sup>68</sup> Artículo 173.2 del Código Penal: “...se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza...”

menor de doce años o incapaz”. Pero en este caso no nos referimos a la violencia que recibe directamente el menor sino aquella que presencia, por lo tanto, no tiene sentido que la agravante solo se aplique cuando el menor tenga 12 años, y dejar de aplicarla cuando tenga 14, por lo que se aplicará siempre y cuando este sea menor de dieciocho<sup>69</sup>.

Por otro lado, aunque se emplee el término “menores”, en plural, en realidad será suficiente con la presencia de un menor para que el hecho pueda agravarse. Es necesario además que en la persona del menor concorra esa especial vinculación exigida en los sujetos del artículo 173.2 Código Penal<sup>70</sup> no entrando dentro de tal agravación menores que en nada se relacionen con los sujetos activos y pasivos. Tampoco entraría a aplicarse tal agravación cuando el menor sea víctima directa del agresor, ya que es un acto enjuiciable separadamente.

#### **b) Cuando los actos se lleven a cabo usando armas.**

Se contempla una mayor peligrosidad en la relación de la conducta a través de los medios empleados. Según se desprende de la Jurisprudencia, podemos entender por armas o instrumentos peligrosos una navaja o un cuchillo, pues en cualquier caso “son armas blancas, o al menos instrumentos peligrosos o apto e idóneo para amedrantar o atemorizar, inspirando un temor racional y fundado a sufrir un mal inminente y grave<sup>71</sup>”.

#### **c) Cuando los actos se perpetren en el domicilio común o en el domicilio de la víctima.**

Este tipo de maltrato se da en parejas que ya han iniciado una convivencia, por lo que por regla general comparten domicilio (domicilio común). En cuanto al domicilio de la víctima, estaríamos refiriéndonos a los casos en los que las personas, en este caso todo las que son pareja, todavía no han iniciado una vida en común, o por el contrario han cesado la misma.

Además la redacción es confusa porque no es fácil desentrañar que se entiende por domicilio común de la víctima, si acaso vale solo la habitual o también la segunda residencia, por ejemplo. También habría que resaltar que muchas veces la pareja comparte el domicilio aunque haya por medio una orden de alejamiento interpuesta entre los dos, por tanto, es importante analizar y extraer las posibles consecuencias que derivarían en el caso que al víctima ceda sus llaves a la policía para que puedan entrar en caso de alarma. En

---

<sup>69</sup> GORJÓN BARRANCO, M.C. (2013) *La tipificación del género en el ámbito penal...* Cit., p. 95

<sup>70</sup> “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.”

<sup>71</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 12 de noviembre de 1990.



principio no sería allanamiento de morada que la policía entre en el domicilio sin autorización judicial porque cuenta con el consentimiento de la víctima.<sup>72</sup>

**d) Cuando se realicen quebrantando una de las penas contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad o de prohibición de la misma naturaleza.**

En lo relativo a las penas impuestas en el artículo 57.2 del Código Penal, hace referencia a la obligación de los Jueces y Tribunales de establecer obligatoriamente el alejamiento del agresor, pese a que la víctima no lo consienta. De la misma manera, que el resto de agravantes, en esta ocasión el contenido no se diferencia mucho de lo incluido en el artículo 468.2 del Código Penal, el cual analizaremos más adelante<sup>73</sup>.

#### **IV. EL ENJUICIAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.**

##### **4.1 Los Juzgados de Violencia sobre a Mujer. Competencias generales.**

Una de las medidas jurídicas asumidas por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia contra la mujer en las relaciones intrafamiliares es la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en adelante JVM), optando por una fórmula de especialización de los jueces de instrucción dentro del orden penal. Estos juzgados conocerán de la instrucción y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia contra la mujer, así como de las causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. Con ello se asegura la mediación garantista del debido proceso penal, disponiendo una mayor inmediatez y eficaz de la protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o una escalada de la violencia<sup>74</sup>.

El artículo 87 ter 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) junto al artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004 establecen los hechos y asuntos de los que conocerá este Juzgado.

Por un lado, tendrá competencia para la instrucción de los procesos destinados a exigir responsabilidad por los delitos recogidos en el título del Código Penal referidos al homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, delitos contra la libertad e indemnidad sexual y cualquier otro delito cometido con violencia e intimidación, siempre que hayan sido cometidos por el hombre contra quien sea o haya sido su esposa, contra quien sea mujer que esté o haya estado ligado al autor por una análoga relación de efectividad.

El artículo 87 ter. 1 b) de la LOPJ atribuye a los JVM la competencia para conocer de la instrucción de los procesos dirigidos a exigir responsabilidad por delitos contra los derechos y deberes familiares cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas anteriormente.

---

<sup>72</sup> GORJÓN BARRANCO, M.C. (2013) *La tipificación del género en el ámbito penal...* Cit., p. 97.

<sup>73</sup> GORJÓN BARRANCO, M.C. (2013) *La tipificación del género en el ámbito penal...* Cit., p. 99.

<sup>74</sup> LAGUNA PONTANILLA, G. (2016) *Claves Prácticas de los Procesos por violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 34-38.

Es decir, cuando sean víctimas de esa violencia por su relación con la mujer o por ser utilizados como instrumentos para la violencia que se dirija contra ella. En estos casos no será estrictamente necesario que convivan con el agresor o la esposa o conviviente. Sin embargo, el acto de violencia de género debe ser coetáneo, es decir, debe producirse en una unidad de acto o con una relación de proximidad o causal que determine la necesidad de su enjuiciamiento conjunto para no romper la continencia de la causa. Por lo que, si entre ambas agresiones no existe dicha relación, serán competentes para conocer de la agresión de los menores, descendientes o incapaces los juzgados de instrucción.

De ello se deduce claramente que los JVM serán competentes para instruir los delitos previstos en el Capítulo III del Título XII del Libro II Código Penal, en concreto los delitos de inducción de menores al abandono de domicilio (artículo 224 Código Penal), sustracción de menores (artículo 225 Código Penal), utilización de menores o incapaces para la mendicidad (artículo 232 Código Penal), abandono familiar propio (artículo 226 Código Penal), y abandono de familia o impago de pensiones (artículo 227 Código Penal).

En tales casos, el delito de impago de pensiones podrá tener como sujeto pasivo a la mujer que sea o haya sido cónyuge, a los hijos o a ambos. En los casos en que la prestación económica desatendida tenga por objeto exclusivo la alimentación de los hijos, serán éstos los únicos sujetos pasivos y titulares de las pensiones alimenticias y del bien jurídico protegido. Por ello, con independencia de que la madre pueda verse perjudicada civilmente como consecuencia del impago y de su derecho a denunciar el delito durante la minoría de edad de los hijos, será competente para la imputación del delito el Juzgado de Instrucción ordinario que corresponda. Y sólo para el caso de que, concurriendo las circunstancias anteriores, además se hubiera producido un acto de violencia de género, el JVM podrá conocer también de dicho delito de impago, puesto que al producirse tales hechos los hijos adquieren la condición procesal de víctimas de violencia de género, conforme señala la ley<sup>75</sup>.

Cuando el sujeto pasivo del delito contra los derechos y deberes familiares sea la mujer cónyuge, ex cónyuge o pareja del obligado al pago de pensiones compensatorias o alimenticias establecidas en favor de aquélla, el JVM sólo será competente para instruir dicho delito cuando la mujer además haya sufrido un acto de violencia de género por parte del incumplidor de la obligación de pago, puesto que, de lo contrario, no se cumpliría el requisito de condición de víctima de violencia de género que se exige por la competencia objetiva penal.

Esta exigencia deriva además de la interpretación sistemática del artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, ya que en ningún caso se podrá considerar violencia física o psicológica, integrada dentro del concepto de violencia de género, el simple incumplimiento de los deberes y derechos familiares que no vaya acompañado de otro tipo de actos considerados en sí mismos de violencia de género.

Por otro lado, tendrán competencia para adoptar las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las atribuidas al juez de guardia. Y de las sentencias de conformidad en los casos establecidos en la Ley, que veremos más adelante.

Respecto a la competencia territorial de los JVM la marca el artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR en adelante), introducido por el artículo 59 de la LO 1/2004. Depende no del lugar de la comisión, sino de que la víctima de violencia de género tenga su domicilio en el Partido Judicial.

---

<sup>75</sup> LAGUNA PONTANILLA, G. (2016) *Claves Prácticas de los Procesos por...* Cit. Pp.168-170

Es una excepción al criterio general del lugar de comisión del hecho, establecido en el artículo 14.2 de la LECR. Se atenderá a tal efecto al domicilio real (no al administrativo) de la víctima en el momento de la comisión de los hechos, sea cual fuere éste último. Y además resultaran intrascendentes desde el punto de vista procesal los cambios posteriores de domicilio de la víctima, puesto que ello sería incompatible con la necesaria seguridad jurídica, y al derecho al juez predeterminado por la ley, y motivo de dilaciones constantes.

En tal sentido el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo, Sala Segunda, en reunión celebrada el día 31 de enero de 2006, acordó que por domicilio de la víctima habrá que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio. Este criterio coincide con el expuesto por el Ministerio Fiscal en la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado. En el supuesto de tener su domicilio en el extranjero podrá ser tenido como fuero territorial el del domicilio accidental en el que se encuentra en España.

#### **4.2 Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas.**

Son de aplicación en esta materia un conjunto de leyes:

- La Ley Orgánica 14/1999 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección de las víctimas de los malos tratos (art. 544 bis).

- La Ley 27/2003, reguladora de la orden de protección.

- La Ley Orgánica 13/2003 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

- La Ley Orgánica 1/2004 con el objetivo de garantizar una tutela integral frente a la violencia de género, diseña un subsistema reforzado de protección y seguridad para estas víctimas (por tanto sólo aplicables a ellas y no a otras víctimas de la violencia doméstica).

Ciertamente, de las medidas expresamente contempladas en la Ley Orgánica 1/2004, algunas ya estaban previstas en la legislación actual, y otras aparecen expresamente reguladas por primera vez con carácter de medidas cautelares en el proceso penal, como es el caso de la suspensión de la patria potestad, de la guarda y custodia, del régimen de visitas o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, pero en todo caso se introducen algunas mejoras técnicas en la regulación de las medidas cautelares, como la necesaria fijación de su duración, de la distancia geográfica en caso de alejamiento o la posibilidad de su mantenimiento durante la sustanciación de los recursos<sup>76</sup>.

Se trata de un conjunto de medidas con la finalidad de proteger a la víctima y dotar, tanto a ella como en el entorno en el que se desenvuelve para dotarla de cierta seguridad para que la víctima pueda hacer efectivo el ejercicio cotidiano de sus derechos, lo que denominamos como “medidas de protección y seguridad”<sup>77</sup>.

Como medidas de protección y seguridad, la Ley Orgánica 1/2004, hace referencia a las siguientes: en primer lugar, a la orden de protección de víctima de violencia doméstica

---

<sup>76</sup> FUENTES SORIANO, O. (2009) *El enjuiciamiento de la Violencia de Género*, 2009, Iustel, Madrid pp. 73-74.

<sup>77</sup> ORTEGA CLARDEROM, J.L. (2005) “Las medidas judiciales llamadas d protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género en la LO 1/2007, de 28 de diciembre”. *La Ley*, año XXVI, n1 6349, de 28 de octubre de 2005.

(artículo 62). En segundo lugar, establece la Ley la obligación de proteger los daos de las víctimas así como la posibilidad de adoptar decisiones para limitar la publicidad de las actuaciones procesales (artículo 63). En tercer lugar, la Ley establece la posibilidad de acordar la salida del inculcado del domicilio común (artículo 64.1). En cuarto lugar, se regula la prohibición de aproximación, que comúnmente conocemos como “orden de alejamiento” (artículo 64.3). En quinto lugar, la prohibición de comunicación del agresor con la víctima o cualquier persona que se determine (artículo 64.5). En sexto lugar, se establece la posibilidad de suspender la patria potestad o a guarda y custodia respecto a los menores, así como la suspensión de las visitas a los descendientes (artículo 65 y 66). Y por último, posibilidad de suspender el derecho de tenencia, porte y uso de armas al inculcado por delitos de violencia de género<sup>78</sup>.

Hay, unos determinados requisitos comunes que, independientemente de las características propias del caso concreto y del tipo de medida de que se trate, habrán de concurrir en la adopción de cualesquiera medidas. Así, junto a la existencia de unos requisitos de fondo o presupuestos materiales para la adopción de medidas de protección y seguridad podemos distinguir también la necesaria presencia de determinados requisitos formales.

En relación con los requisitos de fondo, es la concurrencia en el caso concreto de un riesgo objetivo de agresión para la víctima. Constituyéndose este requisito objetivo en el elemento básico que justificara la adopción de la medida.

La situación de riesgo objetivo para la víctima ha de ser valorada por el juez en cada caso concreto, pero para efectuar dicha valoración deberá valerse por las indicaciones y testimonios de familiares, vecinos, amigos de la pareja...<sup>79</sup>. Precisamente por la dificultad de llevar a cabo esta tarea de valoración se estableció un estrecho margen de colaboración entre los juzgados y la policía judicial, particularmente por lo que respecta a estas iniciales diligencias de investigación del procedimiento.

En esta línea, tiene especial importancia el “Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgos de violencia sobre la mujer en los supuestos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de noviembre”<sup>80</sup>. Cuando se tenga noticia de un episodio de violencia de género, la policía deberá de dirigir sus actuaciones a comprobar los siguientes extremos: 1) los factores referidos a la violencia padecida por la víctima; 2) las relaciones mantenidas con el agresor; 3) los antecedentes del propio agresor; 4) las circunstancias familiares, sociales, económicas y laborales de la víctima y del agresor; 5) la retirada de denuncias, la reanudación de la convivencia y la renuncia de la víctima al estatuto de protección.

La existencia de riesgo objetivo para la víctima debidamente razonada y expresamente motivada en el auto que adopte la medida concreta es lo que permitirá justificar la proporcionalidad de la medida y la necesidad de la misma. Esta justificación se convierte en un elemento necesario para garantizar el derecho a los recursos, permitiendo así la impugnación de cualquier medida errónea. Y esta medida deberá aparecer tanto en el caso que conceda la medida como en el caso que se acuerde que no procede<sup>81</sup>. La proporcionalidad y la necesidad de las medidas no se medirán tanto en relación a la agresión ya sufrida, sino en relación con la posibilidad de evitar futuras agresiones. Por lo tanto, la

<sup>78</sup> FUENTES SORIANO, O. “*El enjuiciamiento de la...*”, Cit. pp. 77-75.

<sup>79</sup> CARRETERO SÁNCHEZ, A. (2005) “La violencia de género: análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación”. *La Ley*, viernes 21 de mayo de 2004, p. 3.

<sup>80</sup> Instrucción 2/2005, de 2 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género.

<sup>81</sup> FUENTES SORIANO, O. “*El enjuiciamiento de la...*”, Cit. pp. 77.

finalidad perseguida es garantizar la seguridad de la víctima, y así, cumplidas las garantías de proporcionalidad y necesidad, la seguridad de la víctima se convierte en un bien jurídico digno de protección<sup>82</sup>. Por ello, deberá siempre decantarse por la medida que alcance el nivel de protección propicio para la víctima pero siempre respetando el principio de proporcionalidad.

Dentro de los requisitos de fondo que exige la adopción de una medida de protección y seguridad, es necesario, junto a la situación de riesgo objetivo para la víctima, el hecho de que el agresor sea imputado en un proceso por violencia de género. Es decir, la adopción de dichas medidas, requiere la apertura de un proceso penal por violencia de género frente a la persona a la cual se dirige la misma. La propia Ley Orgánica 1/2004, establece que estas podrán ser acordadas “en todos los procedimientos relacionado con la violencia de género” (artículo 61.2) precepto que causo dudas ante los tribunales para aquellos procesos en los que la materia civil cayera en manos de los Juzgados de Violencia (artículo 87. Ter LOPJ). Pero la propia Ley Orgánica 1/2004, enlaza la Orden de Protección directamente con la legislación procesal penal vigente (artículo 62 con remisión al 544 ter LECR), confirmado la tesis de que el alejamiento solo podrá determinarse en los procesos penales, incluso afectando a otras medidas reguladas en los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, las cuales aun teniendo una naturaleza civil, podrán ser acordadas en procesos penales por violencia de género<sup>83</sup>.

#### **4.2.1 La orden de protección.**

La Orden de Protección es una resolución judicial que consagra el “estatuto de protección integral” de las víctimas de violencia doméstica, mediante la adopción, por un mismo órgano jurisdiccional, de medidas cautelares penales y civiles, activando otras medidas de asistencia social<sup>84</sup>.

La Ley 27/2003, de 31 de julio, que regula la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, ante el Juzgado de Instrucción, las víctimas de violencia domestica pueda obtener un estatuto integral de protección que comprende medidas civiles, penales y asistenciales y de protección social<sup>85</sup>.

La Orden de Protección es una resolución judicial que, en los casos en que existan indicios fundados de la comisión de delitos de violencia domestica o de género, y exista una situación objetiva de riesgo para la víctima, ordena su protección mediante la adopción de medidas cautelares civiles y/o penales, ya que una de los fines de la Orden de Protección es evitar que se vuelva a producir situaciones de peligro<sup>86</sup>, además de activar las medidas de asistencia y protección social necesarias, por remisión de la Orden de Protección a los Puntos de Coordinación de las Comunidades Autónomas.

Podrá presentarse la solicitud ante al Juzgado, al Fiscal, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a las oficinas de atención a la víctima o servicios sociales. Independientemente

---

<sup>82</sup> HERRERO ORTEGA, A. (2007) “*Víctima y agresor de la violencia sobre la mujer*” en II Congreso sobre la violencia doméstica y de género. Ponencias, Granada 23 y 24 de febrero, del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ.

<sup>83</sup> FUENTES SORIANO, O. “*El enjuiciamiento de la...*”, Cit. pp. 77.

<sup>84</sup> CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley de Medidas de Protección integral...* Cit., p. 65.

<sup>85</sup> CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley de Medidas de Protección integral...* Cit., p. 87-88.

<sup>86</sup> BONILLA CORREA, J.A., (2002), “La orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 59, núm. 2002 pp. 4829 a 4862.

de donde se presente, deberá remitirse de manera inmediata al juez competente<sup>87</sup>, que según el artículo 59 de la Ley Orgánica 1/2004 corresponde al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, salvo fuera hora de las audiencias, donde será competente el Juzgado de Instrucción de Guardia.

Solicitada la orden de protección, el juez convocará a una audiencia, a la víctima, al solicitante, al agresor, asistido de abogado y al Fiscal. Si no fuese posible convocarla durante la guardia, el juez la convocará lo más próximamente posible, y en todo caso, en un plazo máximo de 72 horas desde la solicitud<sup>88</sup> (apartado 4 del artículo 544 de la LECR). Una vez acordada la Orden de Protección será inscrita en el Registro General para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género<sup>89</sup>.

Respecto al tiempo que debe estar vigente esta Orden de Protección, respecto a las medidas cautelares penales el legislador establece que se acuerden “hasta la terminación del procedimiento penal, por resolución definitiva”, pero esto es un concepto muy indeterminado que causa una gran inseguridad jurídica, por ello es mejor que el Juez establezca una vigencia concreta, pudiendo este acordar de oficio una prórroga de estas medidas si fuera necesario<sup>90</sup>.

En ocasiones la mujer que solicitó la Orden de Protección solicita que esta se deje sin efecto, en estos casos debemos tener en cuenta que la mujer tiene en su mano la posibilidad de cambiar de opinión, pero ello no supone que de manera automática se deje sin efecto; sino que deberá darse traslado al Ministerio Público y estudiar cada caso<sup>91</sup>.

El auto que acuerde la Orden de Protección podrá incluir tanto medidas cautelares de carácter penal (prohibición de aproximarse a la víctima, salida del domicilio común, retirada de armas de fuego prohibición de comunicación de cualquier forma con la víctima)<sup>92</sup> y también medidas cautelares de carácter civil (como pueden ser la fijación de la pensión económica, suspender el ejercicio de la patria potestad o guarda y custodia de los menores al presunto agresor, suspender las visitas de este a sus descendientes, atribución del domicilio a la víctima...).<sup>93</sup> Pero en este trabajo nos enfocaremos en las posibles medidas cautelares penales que se podrán acordar mediante auto por el juez.

#### **4.2.2. Las medidas penales de la orden de protección.**

Las siguientes medidas señaladas en este apartado podrán acordarse acumulada o de manera separada.

##### **a) Salida del domicilio**

El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculcado por violencia de género del domicilio donde conviviera con la víctima y la prohibición de volver al mismo. Excepcionalmente podrá autorizar a la víctima la permuta del uso de la vivienda familiar,

---

<sup>87</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección.

<sup>88</sup> CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley de Medidas de Protección integral...* Cit., p. 69-70.

<sup>89</sup> Artículo 544. Ter, apartado 10º de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

<sup>90</sup> CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley de Medidas de Protección integral...* Cit., p. 86-87.

<sup>91</sup> CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley de Medidas de Protección integral...* Cit., p. 88.

<sup>92</sup> Artículos 64 y 67 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

<sup>93</sup> Artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

por el uso de otra, durante tiempo y condiciones determinadas (artículo 64.1 de la Ley Orgánica 1/2004).

#### **b) Prohibición de aproximarse a la víctima y de comunicarse con ella.**

El Juez podrá prohibir al inculcado por violencia de género que se aproxime a la víctima, en cualquier lugar donde se encuentre, a su domicilio o lugar de trabajo o a cualquier otro frecuentado por ella<sup>94</sup>.

El Juez fijará una distancia mínima entre el inculcado y la víctima, advirtiéndole que si se rebasase la misma estaría incurriendo en responsabilidad penal. La indeterminación del precepto en relación a cuál sería la distancia prudente entre agresor y víctima fue establecida por el “Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos y de coordinación con los órganos judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género”, que fijó en 500 metros la distancia media. Este debe ser interpretado como meramente orientativo, pudiéndose, por lo tanto, incrementada o incluso en algunos supuestos disminuidos, teniendo siempre presente la finalidad perseguida que sería evitar la confrontación visual entre la víctima y el agresor<sup>95</sup>.

Para verificar el inmediato incumplimiento de dicha medida, el juez podrá acordar la utilización de instrumentos tecnológicos (artículo 64.3 Ley Orgánica 1/2004). En relación a este instrumento cabe destacar, en primer lugar, su carácter potestativo, siendo el juez quien decida sobre la procedencia o no de su utilización.

Las “pulseras”, se han de imponer por auto motivado, y no tiene porque contar con la voluntad del imputado, a solicitud de la víctima, el fiscal o de oficio por el Juez, esta resolución se comunica por fax al centro de control que dispondrá de 24 horas para su implantación en presencia judicial al imputado, al que se le ha de comunicar las normas de funcionamiento del aparato, y por parte del Juzgado se le ha de requerir, al imputado o penado, que no puede quitarse o destruir el sistema y que debe cumplir con las normas de funcionamiento, con advertencia expresa de incurrir en delito de desobediencia. El auto que autoriza la imposición de la pulsera deberá distinguir entre la distancia de seguridad y la distancia de proximidad. Este sistema se puede imponer en cualquier fase del procedimiento, incluso para controlar la ejecución de las penas<sup>96</sup>.

Respecto al quebrantamiento de la orden de protección, es un problema constante ya que como sabemos el carácter cíclico de la violencia que padecen las mujeres en el ámbito doméstico, se caracteriza por el arrepentimiento del agresor aproximándose a la víctima prometiéndole un cambio y una vida feliz, acabando de nuevo en una agresión<sup>97</sup>. Como sanción por el incumplimiento de dicha orden de alejamiento, se establece una pena de prisión de seis meses a un año, ya sea establecida como pena o como medida de protección (artículo 468.2 Código Penal).

Debemos de señalar la circunstancia del quebrantamiento de dicha medida con el consentimiento de la víctima, es decir, cuando por ejemplo, se reanuda la convivencia de la pareja al haber consentimiento de dicha víctima, el consentimiento de esta no supondrá que la no exoneración de dicha medida. Así lo recuerda el Tribunal Supremo en Acuerdo de

<sup>94</sup> CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley de Medidas de Protección integral...* Cit., p. 75.

<sup>95</sup> MARGO SERVET, V. (2006) “La agravación específica del quebrantamiento de la pena o medida cautelar de alejamiento en la violencia de género”, *La Ley*, año XXVII, n.º 6396, de 10 de enero de 2006.

<sup>96</sup> SAURA ALBERTI, B (2010) “El control telemático del alejamiento en violencia de género” *Revista de derecho procesal*, nº 3-4, 2010, noviembre 2010.

<sup>97</sup> FUENTES SORIANO, O. “*El enjuiciamiento de la...*”, p. 90.

Pleno de 25 de noviembre de 2008, el cual adopta el siguiente criterio: “El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP”. Porque “la orden de alejamiento en cuanto constituye una prohibición impuesta por Autoridad Judicial es de obligado cumplimiento, y nunca puede quedar al arbitrio de los particulares aunque sean los afectados, ya que, la función social de la pena es la ratificación de la vigencia de la norma frente a la acción lesiva de un bien jurídico, y tal función no puede depender de la voluntad del sujeto privado.”

Por otro lado, el Juez podrá prohibir al inculcado por violencia de género la comunicación con la persona/as que se indique, bajo apercibimiento de responsabilidad penal. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, le impide al condenado comunicarse con los sujetos referenciados a través de cualquier medio de comunicación, informático, telemático, escrito, verbal o visual. Su carácter complementario de la prohibición de aproximación lleva a que, generalmente, se impongan de forma conjunta, a efectos de garantizar, de una forma más efectiva, la seguridad de la víctima<sup>98</sup>.

### **c) Suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.**

El Juez podrá acordar la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas del inculcado por violencia de género.

Suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas. Igualmente resulta muy acertado que el legislador prevea expresamente esta medida no recogida en el artículo 544 bis LECR, y que hasta ahora se imponía como medida cautelar al amparo del artículo 13 de dicha Ley procesal. Como pena principal se contemplaba en los nuevos artículos 153 y 173 Código Penal y tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004 en los arts. 171.4 y 5 y 172.2 del Código Penal, también con relación a las amenazas y coacciones leves, mas no en otros relacionados con la violencia doméstica no afectados por dicha reforma, tales como el homicidio, las amenazas o coacciones graves o las lesiones constitutivas de delito.

## **V. LA PRUEBA EN LOS PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO.**

La clave del éxito en cualquier proceso, penal o civil, se fundamenta en una adecuada prueba de los hechos, pues no es suficiente presentar una prueba parcial, incompleta o contradictoria, sino que los tribunales penales exigen una “certeza probatoria” o “prueba plena”, con la finalidad de proteger el artículo 24 de la Constitución Española, es decir, el principio de inocencia.

En los procesos de violencia de género en la prueba a practicar aparecen distintos problemas, los cuales pasaremos a analizar más adelante. Por un lado, la difícil acreditación y detección de los delitos de violencia física habitual, y violencia psicológica. En segundo lugar, otro problema con el que se encuentran de manera habitual los Juzgados es el derecho a no declarar, en el cual la víctima se puede amparar (artículo 416 de la LECR). Y por último, el valor del testimonio de la víctima<sup>99</sup>.

El principal problema surge al tratar de desvirtuar el principio inocencia, como en todo proceso penal, pero aquí nos encontramos con el problema de que nos encontramos

---

<sup>98</sup> PEREZ RIVAS, N. (2015) “La pena de prohibición de comunicarse con la víctima en el Código Penal de 1995: regulación y propuestas de lege ferenda” *REDUR*, 13 de diciembre 2015, p. 146.

<sup>99</sup> LAGUNA PONTANILLA, G. (2016) *Claves Prácticas de los Procesos...* Cit., p. 266.



ante infracciones penales que se comenten dentro del ámbito familiar<sup>100</sup>. Quedando así el testimonio de la víctima, en muchas ocasiones, como única prueba de cargo<sup>101</sup>.

### **5.1. Problemas derivados de la falta de detención y acreditación de la violencia habitual y la violencia psíquica.**

El delito de violencia habitual bien físico o psíquico previsto en el artículo 173.2 y 3 del Código Penal<sup>102</sup> conforma la conducta típica en tres elementos: violencia física, violencia psicológica y la habitualidad.

Los criterios legales a tener en cuenta para establecer la habitualidad se fundamentan alrededor de cuatro datos: el número de actos de violencia que resulten acreditados; la proximidad temporal entre los actos; la variedad de sujetos pasivos del delito, independientemente de que los actos de violencia se hayan ejercido sobre la misma persona o a personas comprendidas en el primer párrafo del artículo 173 CP, y la independencia del enjuiciamiento o no de las conductas anteriores<sup>103</sup>.

Se plantea la cuestión de si la “habitualidad” puede suponer la vulneración del principio de “non bis in idem” al condenar por el delito de maltrato habitual y además por cada una de las agresiones concretas. Esta presunta vulneración no se comete ya que con la condena de las agresiones concretas se fundamenta en el ataque a la integridad física o psicológica de la víctima, mientras que la condena por maltrato habitual se motiva en la lesión de la integridad moral de la víctima<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> Como se expuso en la STS de 24 de junio de 2000, al resaltar que “este tipo de agresiones, casi por definición se producen en la intimidad de victimario y víctima.”

<sup>101</sup> EXEBERRÍA GURIDI, J.F. (2011) *La prueba en el proceso de violencia de género* en “Violencia de Género, justicia restaurativa y medicación”, AA.VV., Dir. Castillejo Manzanares, R. Editorial, La Ley, Las Rozas, pp. 355 y ss.

<sup>102</sup> Artículo 173. 2. “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.”

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

<sup>103</sup> PÉREZ RIVAS, N. (2016) “La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 del Código Penal)” *Revista Opinión Jurídica*, vol. 15, núm. 30.

<sup>104</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. (2010), “Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria” *Estudios penales y criminólogos*, vol. XXX, p. 290.

A efectos probatorios, será esencial que los hechos probados demuestren la existencia de agresiones que retratan un ambiente de denominación y temor sufrido por los miembros de la familia. El delito exige la plena acreditación de una serie de hechos cometida a lo largo del tiempo de cara a probar esta “habitualidad”. La acusación deberá reunir y aportar a los autos no solo aquella documental médica que obre en su poder, acreditativa de los distintos episodios de violencia de las que ha sido víctima, sino también partes de lesiones, de atención en urgencia, historial clínico u hospitalizaciones, y no solo esto, sino también antecedentes policiales o penales por los mismos hechos, todos aquellos indicios orientados a acreditar la existencia de dicha habitualidad<sup>105</sup>. Este problema se triplica a la hora de tener que probar la violencia de género psíquica habitual.

El precepto penal sanciona el empleo de violencia psíquica, planteando un concepto jurídico indeterminado y difícil de definir<sup>106</sup>. Siendo inexistente una enumeración de aquellos comportamientos que pudieran considerarse dentro de esta violencia, por lo que, deberá ser examinada atendiendo a las circunstancias de la víctima, del agresor y las propias circunstancias del comportamiento<sup>107</sup>.

El maltrato psicológico se caracteriza por comportamientos en los que se somete a la víctima a una vida de amenazas, vejaciones y humillaciones graves, llevando a la víctima a vivir en un estado de agresiones constantes. El bien jurídico protegido por este precepto es la integridad moral de la víctima, entendida como el derecho que tiene toda persona a no verse sometida a tratos humillantes, degradantes o vejatorios<sup>108</sup>.

Acreditar estos delitos supone un reto para los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, siendo esencial la prueba pericial<sup>109</sup> y será necesario acreditar los siguientes extremos: 1) situación anímica de la víctima, lo que se conoce como “perfil psicológico de mujeres maltratadas”, 2) posibles efectos que se han generado a la víctima, 3) relación de causalidad entre la conducta típica del agresor y las lesiones psíquicas causadas en la víctima.

La prueba de las lesiones psíquicas debe enfocarse en acreditar si la conducta del agresor es capaz de generar una situación de estrés en el sujeto pasivo. La complejidad de la prueba en estos delitos exige que la acusación actúe de una manera diligente en la actuación probatoria previa al juicio oral, durante la fase de instrucción, siendo imprescindible recabar informes psicológicos, psiquiátricos, así como testificales de todas aquellas personas que hayan podido presenciar los hechos constitutivos de un presunto delito de maltrato psicológica. Tras la práctica de todas las diligencias de investigación el médico forense deberá pronunciarse y confirmar la existencia de lesiones psicológicas sobre la víctima<sup>110</sup>.

---

<sup>105</sup> LAGUNA PONTANILLA, G. (2016) *Claves Prácticas de los procesos...* Cit., pp. 266 y ss.

<sup>106</sup> VALCARCE LÓPEZ, M. (2000) “Servicio de violencia de género. Maltrato, violencia psíquica, lesiones psíquicas”, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, vol. II, Madrid.

<sup>107</sup> BEGUÉ LEZUAN, J.J. (2000) “Modalidades delictivas de la llamada violencia doméstica. Especial referencia a la violencia psíquica” *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, vol. I, Madrid.

<sup>108</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. (2010) “Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor...”, Cit., pp. 283 y 284.

<sup>109</sup> COBO PLANA, J.A. (2006) “El juez y la prueba forense en la violencia de género” *Cuadernos de derecho judicial*, nº 4.

<sup>110</sup> LAGUNA PONTANILLA, G. “Claves Prácticas de los procesos...” p. 277.

## **5.2. La dispensa de las víctimas de violencia de género de la obligación de declarar prevista en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.**

El artículo 416 de la LECR establece la dispensa de la obligación de declarar en calidad de testigo de ciertas personas derivada de la existencia de una relación de parentesco, vínculo matrimonial o análoga relación de afectividad con el procesado, precepto que se complementa con el artículo 707 LECR que consagra la citada dispensa para estos testigos en la fase de juicio oral.

Frecuentemente se señala que el fundamento de la dispensa del deber de declarar en contra del imputado o acusado, con el que el testigo tiene una relación de familia o parentesco es doble: bien la protección de las relaciones familiares, expresada en vínculos de solidaridad (art. 39.1 CE), bien la salvaguarda de la intimidad del ámbito familiar (art. 18.1 CE). Con apoyo en cualquiera de ellos, se sostiene que la dispensa pretende resolver la tensión que experimenta el testigo entre el deber de decir verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el imputado o acusado<sup>111</sup>.

Lo primero que debemos de analizar son los sujetos que pueden acogerse a dicha dispensa y el momento procesal en el que debe realizarse.

### **5.2.1 Sujetos.**

El art. 416.1 LECR establece que “están dispensados los obligados a declarar: “Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261. El Juez Instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, consignándose la contestación que diere a esta advertencia”.

Por lo tanto, están exentos, tanto según la Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer y el Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de Abril 2013, sobre la interpretación del art. 416 de la LECR.

1. Cónyuges cuyo vínculo continúa en la fecha de los hechos, pese a que exista separación legal o de hecho. En nuestra Circular explica claramente que ha existido una voluntad que persista el vínculo entre los cónyuges, subsisten entre ellos los derechos y obligaciones civiles derivados de la existencia del vínculo matrimonial (artículo 66 del Código Civil), al separarse se suspende la vida en común pero no el deber de asistencia mutua y la obligación de alimentos. En este caso parece injusto que las parejas de hecho no tienen reconocido en caso de separación esta dispensa, ello es porque no existe este deber de asistencia mutua y obligación de alimentos
2. Parejas de hecho cuyo vínculo continúa en la fecha de los hechos. No así las que ya están separadas en el momento de producirse. A veces se dan casos de relaciones intermitentes, habrá entonces que atender a si el vínculo estaba en

---

<sup>111</sup> MONTERO AROCA, J. y MARTINEZ GARCÍA, E. (2007) “Perspectiva inmediatas en la aplicación de la legislación contra la violencia de género” en *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género* GOMEZ COLOMER (Coord.) Publicación de la Universidad Juame I, Castelló de la Plana, pp. 148 y 149.

vigor en la fecha que se producen los hechos. O bien, si continúa en el momento de prestar declaración, en ese caso, al existir un vacío legal, debemos permitir esta dispensa, ya que existe actualmente un vínculo entre ambos, que va a condicionar lógicamente la declaración de la víctima

3. Novios, se puede entender que según este Pleno del Tribunal Supremo las relaciones de noviazgo están admitidas y se permite su inclusión en el artículo 416 de la LECR lectura de derechos y ofrecimiento de acciones y se les permite la dispensa.

Si la relación ya estaba rota cuando ocurren los hechos sobre los que tiene que deponer la víctima la misma no puede acogerse a este derecho del artículo 416 y 707 LECR. Para considerar si esa relación estaba rota o no en el caso de que hubiera un vínculo matrimonial y hay un divorcio, el vínculo no existe y por lo tanto no entra dentro de los supuestos del artículo 416.

Si la relación existía cuando se produjeron los hechos y cuando se va a declarar es evidente que este supuesto tampoco ofrece duda alguna y es plenamente aplicable el art 416 LECR.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo en sentencia de 26 de Marzo de 2009<sup>112</sup> concluye que habrá que estar a las circunstancias concretas del caso a la hora de decidir si el testigo, que en el momento de declarar ya no guarda la relación del artículo 416 con el procesado, puede acogerse o no a la dispensa y será el fundamento de la misma lo que determine la solución; esto es los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado acorde a la protección de las relaciones familiares dispensadas en el artículo 39 de la CE o el derecho a proteger la intimidad en el ámbito familiar o asimilado con invocación del artículo 18 de la CE.

Tras el acuerdo adoptado en el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 que terminó con las discrepancias estableciendo que “la exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LeCrim alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúa:

- a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecta
- b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso”

### **5.2.2 Momento procesal en que la testigo puede acogerse a dicha dispensa.**

Es un hecho constatado en cualquier Juzgado que el denunciante se retracte de la denuncia que ha presentado, y en el caso procedimientos por violencia de género es algo muy habitual que está víctima se acoja a la dispensa que le ampara el artículo 416 de la LECR.

El Juez está obligado a advertir a la víctima, desde su primera declaración, bajo sanción de nulidad en el Juicio oral sino constata que el Juez advirtió a la víctima del derecho que le asiste de no declarar contra su cónyuge (artículo 416. 1 de la LECR)<sup>113</sup>. Las

<sup>112</sup>STS 292/2009, Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 2009, Sala de lo Penal, Sección 1ª. Nº de recurso 11433/2008. Id. Cendoj: 28079120012009100257.

<sup>113</sup> CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley de Medidas de Protección integral...* Cit., p. 40.

consecuencias de este desistimiento por parte de la denunciante serán distintas según los momentos y circunstancias.

Por un lado si la víctima se aparta de la denuncia en la fase de Diligencias Urgentes del Juicio Rápido, en este caso el Ministerio Fiscal pese al silencio de la víctima puede continuar la tramitación de las diligencias por los trámites del juicio rápido, siempre que considere que tiene pruebas suficientes para poder acusar. Sino deberá solicitar el sobreseimiento provisional de las actuaciones<sup>114</sup>.

Otro de los momentos procesales donde la víctima puede retractarse, será en las diligencias abiertas incoadas y en trámite. En este punto procesal no hay mucha diferencia con el anterior, una vez que la víctima decide no declarar, o por ejemplo no ser reconocida por el médico forense, el Juez podrá continuar con el procedimiento, acordar el sobreseimiento provisional o libre de las actuaciones o acordar la incoación del procedimiento correspondiente<sup>115</sup>.

Por último la víctima se podrá apartar del proceso y acogerse a su derecho a no declarar en el acto del Juicio oral, una vez que el proceso está a punto de culminar con una sentencia condenatoria, a víctima llega al juicio y se acoge al derecho que le brinda el artículo 416 de la LECR. Normalmente, una vez la denunciante se acoge a dicha dispensa, si se constata que en las declaraciones previas realizadas en la fase de instrucción se le advirtió de que tenía derecho a acogerse a dicho artículo y en ese momento no lo hizo. Podrá acordarse la lectura de esas declaraciones en el plenario<sup>116</sup>.

Pero hay sentencias contrarias a esta doctrina, como por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo 736/2008, la cual afirma que “es improcedente desvirtuar el ejercicio de esa facultad (la de acogerse la testigo a su derecho de no declarar contra el imputado) trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial”<sup>117</sup>.

### **5.3 El valor del testimonio de la víctima como única prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.**

En los hechos ilícitos propios de la violencia de género resulta habitual que la declaración de la víctima se convierta en prueba de cargo con la que el tribunal cuenta en muchas ocasiones para respaldar el pronunciamiento de la condena del acusado.

Es doctrina jurisprudencial consolidada que la declaración de la víctima por sí misma puede ser prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado y obtener así una sentencia condenatoria. Por ello, esta prueba practicada en el plenario de acuerdo con los principios de inmediación y contradicción, constituye una prueba directa, y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo del 21 de Marzo de 2011<sup>118</sup> el testimonio de la víctima, aunque no haya otro, si no existen razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o que provoquen dudas en el juzgador, se considerará prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia<sup>119</sup>.

---

<sup>114</sup> CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley de Medidas de Protección integral*... Cit., p.40-41.

<sup>115</sup> CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley de Medidas de Protección integral*... Cit., p. 42.

<sup>116</sup> CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley de Medidas de Protección integral*... Cit., p. 42-44.

<sup>117</sup> STS 736/2009, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009, Sala de lo Penal, Sección 1ª. Nº de recurso 129/2009. Id Cendoj: 28079120012009100102

<sup>118</sup> STS 1991/2011, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 2011, Sala de lo Penal, Sección 1ª. Nº de recurso 2068/2010. Id Cendoj: 28079120012011100210.

<sup>119</sup> LAGUNA PONTANILLA, G. “*Claves prácticas de los procesos por violencia...*” cit. Pág. 298

La jurisprudencia no ha establecido unos requisitos formales o rígidos para valorar la declaración de la víctima para que puede ser valorada como prueba de cargo suficiente, sino más bien unas pautas de valoración los criterios orientativos que permiten al Tribunal formular los aspectos de su valoración<sup>120</sup>.

De la sentencia dictada por la Sala Segunda Tribunal Supremo número 935/2006<sup>121</sup>, se pueden extraer los presupuestos que se vienen exigiendo para que la declaración de la víctima sea hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, "para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1º) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2º) Verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio - declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso - sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECR.) en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

3º) Persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad."

Hemos de señalar que aunque no se den los citados requisitos (ausencia de incredibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y verosimilitud en el testimonio) no supondrá la invalidez automática de la prueba testifical de la víctima, tan solo son unos criterio que el Tribunal deberá de atender para asegurar lo más posible su valoración. El Tribunal debe de valorar los diferentes aspectos que aparecen en el proceso y extremar la precaución en la valoración de la credibilidad de su testimonio, ya que, por ejemplo, la existencia de un proceso civil paralelo no puede suponer la pérdida de la confianza en el testimonio de la víctima dando por sentado que hay una doble intencionalidad por parte de esta<sup>122</sup>.

En muchas ocasiones, nos encontramos con que el testigo-víctima de retracta o se contradice en sus declaraciones, este puede darse en las declaraciones que haya prestado ante la policía y que ante el juez de violencia de género se acoja a su derecho a la dispensa de no declarar en el juicio oral. Pero también nos lo podemos encontrar en que el testigo-víctima presta declaración ante el juez de violencia en un sentido, y posteriormente, declara en el juicio oral retractándose de lo manifestado anteriormente o incurriendo en contradicciones.

---

<sup>120</sup> SIBONY, R, SERRANO OCHOA, M<sup>a</sup>.A., REINA TORANZO, O, (2011) "La prueba y la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procesos de violencia de género", *Revista La Toga*, n.º 182, pp. 13 a 22.

<sup>121</sup> STS 935/2006, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 2006, Sala de lo Penal, Sección 1ª. Nº de recurso 1593/2006. Id Cendoj: 28079120012006100912.

<sup>122</sup> LAGUNA PONTANILLA, G. *Claves prácticas de los procesos por violencia...*, cit. p. 301.

Entre otras razones, las víctimas de violencia de género se retractan de sus declaraciones iniciales, solicitando en muchas ocasiones el archivo del procedimiento, debido, entre otros factores, a su dependencia emocional, el miedo del agresor, una dependencia económica, el no querer perjudicar a sus hijos, sentimientos de sumisión y de resignación frene a su agresor, o anulación de su autoestima, así como la falta de coincidencia en muchos casos entre las expectativas que la víctima tenía al poner la denuncia y la realidad o por haber recibido amenazas o coacciones tanto del agresor como de su entorno o familia<sup>123</sup>.

En el caso en que la víctima se retracta en sus declaraciones en el juicio oral, podríamos estudiar la posibilidad de traer al juicio oral las declaraciones que la víctima aportó en la sede policial, pero el Tribunal Supremo se decanta por establecer a través del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 2015 que las declaraciones ante los funcionarios policiales no tendrán valor probatorio:

“No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECR. Ni cabe su utilización como prueba pre constituida en los términos del art. 730 de la LECR.

Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.”

En definitiva, como regla general no se otorga valor probatorio al testimonio de la víctima en el sede policial, si bien los hechos puestos en manifestación tanto en su declaración en sede policial como judicial pueden ser contrastados en el juicio oral a través de las declaraciones testificales de los policías que será testigos de referencia junto a pruebas que constaten dicha veracidad<sup>124</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico se distinguen dos tipos de testigos, por un lado el testigos directo que son aquellos que conocen el hecho delictivo a través de sus propios sentidos, y la figura de los testigos de referencia<sup>125</sup>, a los cuales se refiere el artículo 710 de la LECR<sup>126</sup> siendo testigos que no proporcionan datos objetivos obtenidos por su percepción directa, sino la versión de lo sucedido obtenida a través de las manifestaciones de terceras personas.

---

<sup>123</sup> Guía de Criterios de actuación frente a la violencia de género del CGPJ, 2013, pp. 123 y ss.

<sup>124</sup> VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L. (2012), “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal” *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, p. 30.

<sup>125</sup> VELAYO MARTÍNEZ, M.I. (1998) “*El testigo de referencia en el proceso penal*” Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

<sup>126</sup> Artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado.”

El testigo de referencia es, en definitiva, “son los que no habiendo percibido los hechos con sus sentidos refieren al Tribunal manifestaciones de otras personas que no comparecen como testigos”<sup>127</sup>.

Los testigos de referencia en determinados casos pueden ser testigos directos de otro hecho que guarde relación directa o sean indiciarios de la comisión del ilícito penal, estado físico y emocional de los implicados. Dadas las circunstancias de la violencia de género suelen ser testigos de referencia los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>128</sup>.

El valor del testimonio de referencia ciertamente es limitado, ya que la percepción sensorial de este no alcanza al hecho sucedido en si mismo Precisamente por tratarse de un “testigo de oídas” en el proceso penal su valor probatorio, como veremos a continuación, tiene carácter complementario o subsidiario<sup>129</sup>.

En cuanto la posibilidad de valorar el testimonio de un testigo de referencia en los supuestos en los que la víctima hace uso de su derecho a la dispensa que le otorga el artículo 416 LECR, en un principio algunas resoluciones llegaron a admitir su testimonio en base a que al no declarar la víctima es imposible el testimonio directo. Pero las últimas resoluciones del Tribunal Supremo se declinan por excluirlos<sup>130</sup>.

En este sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009<sup>131</sup> que determina:

“Los testigos de referencia como hemos dicho en la citada sentencia de 27 de enero de 2009 no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen solo son las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo es lo único que puede resultar de la veracidad de lo declarado por aquéllos, y en consecuencia subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar.

Los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 LECR., tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquel a quien se oyó equivaldría a atribuir a éste todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción. Por ello, el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido, o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical.

---

<sup>127</sup> STS 5286/2007, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio 2007, Sala de lo Penal, Sección 1ª. N° de recurso 10015/2007. Id Cendoj: 28079120012007100683.

<sup>128</sup> PIÑERO ZABALA, I. (2011) “Los denominados “testigos de referencia” en los delitos de violencia de género” *Diario la Ley*, n° 7581, Sección Tribuna, 3 Marzo 2011, Año XXXII.

<sup>129</sup> LAGUNA PONTANILLA, G. “*Claves prácticas de proceso...*” cit., p. 306.

<sup>130</sup> PIÑERO ZABALA, I. (2011) “Los denominados “testigos de referencia” en los delitos...” Cit., pp. 3-4.

<sup>131</sup> STS 763/2008, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009, Sala de lo Penal, Sección 1ª. N. de recurso 736/2008. Id Cendoj: 28079120012009100102.



Y aún en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza de la fuente de su conocimiento, que es indirecta o mediata respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad depende de la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído a presencia del Tribunal. En todo caso, esa imposibilidad de acudir al testigo directo, que justificaría atender, y con todas las reservas, los testimonios indirectos o de referencia, ha de ser material, algo que no concurre en el caso presente; la testigo directa compareció, pero se negó a declarar ante el Tribunal ejercitando libremente la facultad concedida por la Ley de no declarar contra su padre. Que esto no es una imposibilidad material, al acudir el testigo, quedó ya razonado con relación a la inaplicabilidad del art. 730 LECR. La misma razón conduce en este caso a excluir el testimonio de referencia.”

Otros posibles testigos de referencia que intervienen en el procedimiento de violencia de género serán la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en este sentido se manifiesta la Sentencia de 5 de mayo de 2010<sup>132</sup>:

“La declaración de los agentes de policía prestadas con las garantías propias de la inmediación, contradicción y publicidad, es prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiente su valoración, en contraste con las demás pruebas, al Tribunal de Instancia, por cuanto la relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan, que en el caso de la prueba testifical adquiere una mayor importancia, al poder discernir las condiciones del testigo el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, lo que, en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de sus testimonios; y en la STS de 10 de octubre de 2005 que precisa que las declaraciones de autoridades y funcionarios de la policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas, según las reglas del criterio racional.

Estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de su veracidad, precisamente en función de la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los arts. 104 y 126 CE”.

La sentencia número 821/2009<sup>133</sup>, de 26 de junio, procede a otorgar valor probatorio hábil para enervar la presunción de inocencia del acusado y sustentar la condena del mismo, en los testimonios del médico forense y de los agentes de la autoridad, siempre y cuando el mismo verse sobre manifestaciones que de forma espontánea hubieren hecho la víctima o el propio imputado en los momentos iniciales, después de perpetrarse en este caso las agresiones de las que fue objeto la víctima por un delito de lesiones de los arts. 147, 148 y 153 del Código Penal<sup>134</sup>. En este supuesto confluye a su vez la circunstancia de que la víctima en “dos ocasiones por sí misma contó voluntariamente la agresión sufrida a quienes estaban con ella”, primeramente, al médico forense; y, posteriormente, a los agentes. Argumenta la Sala, confirmando la condena de la Audiencia Provincial: “Los testimonios

<sup>132</sup> STS 2132/2010, Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2010, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Nº de recurso 10727/2009. Id. Cendoj: 28079120012010100351.

<sup>133</sup> STS 4843/2009, Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 2009, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Nº de recurso 2506/2008. Id. Cendoj: 28079120012009100760.

<sup>134</sup> PIÑERO ZABALA, I. (2011) “Los denominados “testigos de referencia” en los delitos...” Cit.

de referencia aquí no suplen el testimonio directo de la agresión, pero sí prueban, en cuanto testimonios sobre lo percibido por el testigo, que aquella persona les contó voluntariamente un suceso que ellos escucharon, y ese hecho de su narración o relato unido a la demostración de las lesiones sufridas mediante la pericial médica acreditativa de la veracidad de lo relatado constituye la prueba de cargo.”

Por lo que, debemos de considerar que el valor probatorio del testigo de referencia queda condicionado por el derecho de defensa, quedando el valor probatorio de este, como hemos visto, limitado. Pero esto no supone que no pueda tener valor probatorio dicho, pero queda condicionado a que no sea la única prueba de carga sobre el hecho enjuiciable, por ejemplo, como manifiesta la Sentencia 2432/2014 del Tribunal Supremo: “cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otros testigos, por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único”<sup>135</sup>.

Por lo tanto, si el testimonio de un testigo de referencia puede sostenerse junto a otra prueba, ya sean partes médicos, con el testimonio de un testigo presencial, la declaración de este ayudará a complementar la prueba de carga para así poder obtener una sentencia condenatoria.

---

<sup>135</sup> STS 2432/2014, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Junio de 2014, Sala de lo Penal, Sección 1ª. N° de Recurso: 10094/2014. Id Cendoj: 28079120012014100464.

## VI. CONCLUSIONES.

1. Tras una larga evolución la violencia de género ha pasado de verse como un problema privado, del ámbito familiar; a ser considerado un problema social. Este avance supone la necesidad de que los poderes públicos actúen y tomen las medidas necesarias para erradicar dicha violencia, que causa una clara discriminación entre hombres y mujeres. Este tipo de violencia se caracteriza porque el agresor; cónyuge, ex cónyuge o que hubiera tenido una relación de afectividad con la víctima, actúa movido por el sentimiento de superioridad sobre dicha mujer.

2. Echando la vista a atrás y remontándonos a los Códigos Penales anteriores a la Constitución Española de 1978, veremos como la mujer ha sido siempre considerada inferior al hombre, llegando en ocasiones a ser penada por hechos ilícitos que realizados de igual manera por el varón quedarían exentos. Poco a poco, el legislador va equiparando a ambos y estableciendo la misma pena para los dos frente a los distintos ilícitos penales que puedan surgir; pero a la vez se pretende perseguir establecer una protección en el ámbito familiar, por lo que se van introduciendo preceptos que castigan actuaciones violentas dentro del de la familia, dado que el núcleo familiar es un lugar donde particularmente todos los sujetos que lo forman deben tener la facilidad de sentirse cómodos y poder desarrollarse de manera efectiva su día a día, sin que reciba un trato vejatorio o discriminatorio por parte de cualquier miembro que la forme.

Así paulatinamente aparecen artículos que pasan a tener en cuenta aquello que transcurre dentro del domicilio particular, buscando una mayor protección para aquellas personas que puedan mostrar una mayor debilidad (como pueden ser menores, ancianos o discapacitados, lo que conocemos como violencia doméstica), y un precepto para proteger a la mujer frente a acciones que puedan provocar que se vuelva a un punto de discriminación por su razón de sexo, quedando por debajo del hombre; buscando que la situación de superioridad que se venía dando no tenga cabida en nuestra sociedad actual.

El legislador aprueba la Ley Orgánica 1/2004, la cual pretende aportar a la víctima de violencia de género una mayor protección, agilizar el proceso penal y poner a disposición de la mujer víctima de violencia de género una serie de ayudas socio económicas y laborales que le permitan avanzar y salir de la situación en la que se encuentra.

3. El contenido de esta Ley Orgánica 1/2004 ha sido varias veces objeto de crítica y cuestionado por vulneración del principio de igualdad. Tras varias sentencias del Tribunal Constitucional, se aclara que esto no es así; sino que ante una situación donde se aprecia una desigualdad por parte de la víctima se contemplan unas medidas para protegerla ante esta situación.

En el Código Penal aparecen determinados preceptos previstos para sancionar comportamientos violentos que se den sobre la mujer cuando el agresor sea su cónyuge o mantenga una relación análoga al matrimonio con este. Los elementos comunes que se extraen de estos preceptos son; por un lado, los sujetos que ampara este ilícito penal. Está claro que la Ley Orgánica 1/2004, busca proteger a la mujer como víctima, quedando por lo tanto fuera de este tipo penal los supuestos en los que los hombres sean la víctima de las agresiones.

Este mismo precepto habla de que el sujeto activo debe tratarse de un hombre, ya sea cónyuge de la víctima o exista una relación afectiva análoga al matrimonio. Respecto al matrimonio o pareja de hecho no existe ningún problema, dado que esta situación podrá comprobarse a través de un certificado. Pero debe de analizarse a que hace alusión el legislador cuando habla de “relación análoga a la matrimonial”, pues bien, tras estudiar distintas sentencias debemos de sacar en conclusión que lo importante no es la convivencia,

sino que se den algunos rasgos que equiparen dicha relación al matrimonio. Por lo que, será determinante que en dicha relación exista cierto grado de estabilidad emocional quedando fuera las relaciones esporádicas o de simple amistad; por lo que, las relaciones de noviazgo podrán incluirse en dicho precepto siendo analizado cada caso de manera particular.

Respecto a las parejas transexuales, en aquellas en las que el hombre cambia su sexo, puede ser incluida, analizando debidamente que el móvil de la acción violenta sea un ánimo de discriminación.

Esto nos lleva a tener que determinar si realmente el precepto exige que se de en la acción típica un elemento subjetivo. Tras la búsqueda de distinta doctrina junto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debemos de señalar que se deberá de partir de que en cada caso debe ser estudiado con prudencia por el juzgador, ya que no toda discusión de pareja debe ser incluida en este ilícito penal, porque ello supondría una grave infracción al principio de inocencia, dejando al varón totalmente desprotegido.

4. Una de las modificaciones que implanta la Ley Orgánica 1/2004, es la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, destinada a garantizar un debido proceso penal, disponiendo de una mayor inmediatez y eficacia de la protección de la violencia de género. Serán competentes para conocer la instrucción de los delitos recogidos en el Código Penal que encajen dentro del ilícito penal que reúna las características de la violencia de género. También se la atribuyen acciones civiles que estén relacionadas con el tipo penal, como por ejemplo, en el caso en el que haya un proceso penal por violencia de género y se de un impago de alientos a los menores, en este caso será el JVM el competente de conocer de dicho proceso.

Una de las medidas principales para la protección de la víctima son las medidas cautelares enfocadas a evitar que esta vuelva a encontrarse en una situación de riesgo de nuevo. Para aprobar dichas medidas será necesario el estudio de la existencia de un riesgo objetivo, que una vez analizado dará paso a la Orden de Protección. La cual otorgará a la mujer la condición de víctima y con ello una serie de medidas penales, civiles y de asistencia social.

Todas las medidas que puedan incluirse en el auto que aprueba a Orden de Protección están encaminadas a dar a la víctima cierta estabilidad y protección durante el proceso. Como por ejemplo, la prohibición de acercarse a la víctima, se debe recordar que en los casos en que la víctima incumpla dicha medida no exonera al supuesto agresor, ya que la orden de no aproximarse a la víctima es impuesta por el Juzgado por lo que hasta que no sea levantada por esta el perjudicado no podrá incumplir dicha medida.

5. Por último, la prueba en el proceso penal. Este punto es crucial para que se obtenga una sentencia condenatoria contra el presunto agresor, pero aparecen distintos problemas.

Por un lado, el problema de determinar que debemos de considerar como “habitualidad”, que se deberá demostrar la existencia de un maltrato continuado que retrate un ambiente de denominación y temor sufrido por la familia.

Normalmente también supone una dificultad la demostración de la violencia psicológica, quedando fundamentada en la demostración de que la víctima vive en continuo miedo y con un estado anímico que se conoce como “perfil psicológico de mujeres maltratadas”. El maltrato psicológico debe ser comprendido como aquellos tratos humillantes, degradantes y vejatorios que sufre la víctima. La prueba de estas lesiones psicológicas debe probarse a través de informes médicos, psicológicos y psiquiátricos. Siendo muy importante presta atención ya que aunque no haya marcas visibles que la vista pueda apreciar, la víctima que sufre este tipo de violencia no puede permitir que se continúe atacando a su dignidad y que quede impune el actor.

Otro de los graves problemas con los que se encuentran los Juzgados ante un proceso de violencia de género es el derecho de dispensa del artículo 416 de la LECR, el

cual establece para una serie de sujetos el derecho a no declarar. En la violencia de género esto se da en el día a día, ya que la víctima puede acogerse a este derecho, siempre que haya mantenido una relación con el agresor, bien haya sido o sea su cónyuge o su pareja de hecho, o sea su novia (debiendo tener en cuenta que si la relación de noviazgo estaba rota cuando se produjeron los hechos esta no podrá acogerse a dicha dispensa). Esto supone un problema porque en muchas ocasiones la declaración de la víctima supone la prueba de carga para el proceso.

Para que la declaración de la víctima sirva como única prueba de cargo, el juzgador deberá de tener en cuenta una serie de requisitos que aun que no sean obligatorios, servirá como guía; así por un lado una ausencia de elementos subjetivos que muevan a la víctima a denunciar, que haya verosimilitud entre las declaraciones presentadas por la víctima y que exista una persistencia incriminatoria.

En muchas ocasiones que la víctima no declare deja al proceso sin prueba de cargo, aunque en algunos casos contamos con testigos de referencia, lo que conocemos como “testigos de oídas” los cuales su testimonio no podrá ser válido como única prueba de carga, pero junto a otro testimonio de un testigo directo, partes médicos, etc., podrá complementar dicha prueba.

Se ha intentando que el testimonio de referencia o la declaración prestada por la víctima en dependencias policiales valga como prueba de cargo cuando la víctima decide acogerse a su derecho a no declarar, esto en muchas ocasiones podría ser la solución para que cuando salga absuelto el presunto acusado la víctima no vuelva a verse en vuelta en situaciones de riesgo. Pero realmente supone una violación a los principios del proceso, no siendo justificada la forma, por lo que, realmente es necesario que se encuentre un punto de equilibrio para que el proceso en situaciones como estas no se quede huérfano de pruebas.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M (2006) *La discriminación hacía la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (2006) “El delito de maltrato doméstico y de género del Art. 153 CP”, en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor COBO DEL ROSAL*”, Madrid.

BEGUÉ LEZUAN, J.J. (2000) “Modalidades delictivas de la llamada violencia doméstica. Especial referencia a la violencia psíquica” *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, vol. I, Madrid.

BOLEA BARDÓN, (2007) “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica o de género”, *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología* 9

BOSCH FIOL, E. Y FERRER PEREZ, V.A., (2000) “La violencia de género: de cuestión privada a problema social” *Intervención Psicosocial. Revista de Igualdad y calidad de vida*, volumen 9, nº 1.

CARRETERO SÁNCHEZ, A. (2008) “La violencia de género: análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación” *La Ley nº 6023, viernes 21 de mayo de 2004*.

Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Fiscalía General del Estado. Circulares, Instrucciones y Consultas de la Fiscalía General del Estado. Boletín de Información. 2005.

CHIRINOS RIVERA, S. (2010) *La Ley d Medidas de Protección integral contra la violencia de género. Cuestiones prácticas y básicas en torno a la Ley*. Tirant Lo Blanch. Valencia.

COBO PLANA, J.A. (2006) “El juez y la prueba forense en la violencia de género” *Cuadernos de derecho judicial*, nº 4.

COSSÍO ARRIBAS, I. (2005) *Aspectos penales y procesales de la ley integral contra la violencia de género*, Noticias Jurídicas, Disponible en:

CUELLO CALÓN (1995) *Derecho Penal, Tomo II (Parte Especial)*, Editorial Bosch, Barcelona.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F. (2011) “¿Es exigible un elemento subjetivo específico del injusto en los delitos relativos a la violencia de género?. Análisis de la Jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales. Fundación Internacional de Ciencias Penales. Junio, 2011

ESPÍN ALVA, I. (2008) *Transexualidad y tutela civil de la persona*. Editorial Reus. Madrid.

EXEBERRÍA GURIDI, J.F. (2011) *La prueba en el proceso de violencia de género en “Violencia de Género, justicia restaurativa y medicación”*, AA.VV., Dir. Castillejo Manzanares, R. Editorial, La Ley, Las Rozas.

FERNANDEZ ORRICO, J.F. (2007), “Medidas de protección de la mujer en el ámbito laboral ante situaciones de violencia de género” *Universidad Miguel Hernández*.

- FUENTES SORIANO, O. (2009) *El enjuiciamiento de la Violencia de Género*. Iustel, Madrid.
- FUENTE SORIANO, O. (2005), “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5.
- GARCÍA, E. “Jornadas “Ley de medidas integrales contra la violencia de género. Análisis de seis años de aplicación.” Barcelona, 2 y 3 de junio de 2011. Violencia de Género Audiencias Provinciales PV. Interpretación y Aplicación.
- GONZALO RODRÍGUEZ, R.M. (2004), “La violencia doméstica en el Código Penal tras la reforma por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros” *Foro, Nueva época*, núm. 00/2004.
- GORJÓN BARRANCO, M.C. (2013) *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*, Iustel, Madrid.
- GRUPO DE EXPERTOS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. “*Guía de Criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Género*.” Consejo General del Poder Judicial, Septiembre 2008.
- HERRERO ORTEGA, A. (2007) “*Víctima y agresor de la violencia sobre la mujer*” en II Congreso sobre la violencia doméstica y de género. Ponencias, Granada 23 y 24 de febrero, del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ.
- HERRERO, S. (2017) “Relaciones de pareja, análoga afectividad al matrimonio y violencia de género: casos al borde de la tipicidad”, *Revista Abogacía nº 107*.
- J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y L. GRACIA MARTÍN (1997), *Comentarios al Código Penal: Parte Especial, vol. 1*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- LAGUNA PONTANILLA, G. (2016) *Claves Prácticas de los Procesos por violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- LAURENZO COPELLO, (2005) “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología* 07-08.
- MARGO SERVET, V. (2006) “La agravación específica del quebrantamiento de la pena o medida cautelar de alejamiento en la violencia de género”, *La Ley*, año XXVII, nº 6396, de 10 de enero de 2006.
- MAGRO SERVET, V. (2013) “La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la violencia de género.” *Ley Penal*, nº 104. Septiembre-Octubre 2013.
- MARTÍNEZ LEÓN, M. (2010) “Evolución legislativa de la violencia de género desde un punto de vista médico-legal en el marco normativo internacional y nacional” *Revista de Escuela de Medicina Legal*.
- MINGO BASAIL, M.L. (2006) “Situación de los derechos laborales de las mujeres víctimas de violencia de género en España. Evolución legislativa, contenido, protección y posibles líneas de actuación”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm. Extra igualdad de oportunidades para todos.

- MONTERO AROCA, J. y MARTINEZ GARCÍA, E. (2007) “Perspectiva inmediatas en la aplicación de la legislación contra la violencia de género” en *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género* GOMEZ COLOMER (Coord.) Publicación de la Universidad Jaume I, Castelló de la Plana.
- OLAIZOLA NOGAES, I. (2010) “Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria” *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXX.
- ORTEGA CLARDEROM, J.L. (2005) Las medidas judiciales llamadas d protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género en la LO 1/2007, de 28 de diciembre”. *La Ley*, año XXVI, nº 6349, de 28 de octubre de 200.
- PÉREZ RIVAS, N. (2016) “La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 del Código Penal)” *Revista Opinión Jurídica*, vol. 15, núm. 30.
- PERELA LARROSA, M. (2010) “Violencia de género: violencia psicológica” *Foro, Nueva época*, núm. 11-12/2010.
- PURCALLA BONILLA, M.A. (2004) “La Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)”, *Aranzadi Social*, nº10.
- PEREZ RIVAS, N. (2015) “La pena de prohibición de comunicarse con la víctima en el Código Penal de 1995: regulación y propuestas de *lege ferenda*” *REDUR*, 13 de diciembre 2015.
- PÉREZ RIVAS, N. (2016) “La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 del Código Penal)” *Revista Opinión Jurídica*, vol. 15, núm. 30
- PIÑERO ZABALA, I. (2011) “Los denominados “testigos de referencia” en los delitos de violencia de género” *Diario la Ley*, nº 7581, Sección Tribuna, 3 Marzo 2011, Año XXXII.
- PURCALLA BONILLA, M.A. (2004) “La Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)”, *Aranzadi Social*, nº10.
- PUIG PEÑA, F (1955) *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV*, Revista de Derecho Privado, Madrid.
- QUINTANA RIPOLLÉS, A. (1962) *Tratado de parte especial del derecho penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid
- RAMÓN RIBAS, E. (2013) “Los delitos de violencia de género según la Jurisprudencia actual.” *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIII.
- SAN CRISTOBAL REALES, S. (2006) “La protección jurídica de la mujer en caso de violencia de género, con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXIX.
- SÁNCHEZ YLLERA, I. (2013) “Maltrato y dominación, paradojas judiciales sobre una cultura incívica” *Diario La Ley* nº 8159.
- SAURA ALBERTI, B (2010) “El control telemático del alejamiento en violencia de género” *Revista de derecho procesal*, nº 3-4, 2010, noviembre 2010



SEMPERE NAVARRO, A.V. (2005), “La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: una introducción para laboristas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4/2005.

SERRANO ARGÜESO, M. (2004) “Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas”, *Aranzadi Social*, nº20

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. (2010) “La Igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

SIBONY, R, SERRANO OCHOA, M<sup>a</sup>.A., REINA TORANZO, O, (2011) “La prueba y la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procesos de violencia de género”, *Revista La Toga*, n. ° 182.

TAMARIT SUMALLA, (1996) *Comentarios al Nuevo Código Penal* (Quintero Olivares, Dir, Valle Muñiz, Coord), Aranzadi, Pamplona

VELAYO MARTÍNEZ, M.I. (1998) “*El testigo de referencia en el proceso penal*” Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

VALCARCE LÓPEZ, M. (2000) “Servicio de violencia de género. Maltrato, violencia psíquica, lesiones psíquicas”, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, vol. II, Madrid.

## **XII. FUENTES LEGALES.**

Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de Diciembre 1978).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, de 24 de Noviembre de 1995).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (BOE núm. 260, de 17 de Septiembre de 1882).

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres. (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. (BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE núm. 157, de 02 de Julio de 1985.)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (BOE núm. 206, de 25 de Julio de 1889).

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003).



